Diego P. Fernández Arroyo
(coordinador)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR

ARGENTINA, BRASIL, PARAGUAY, URUGUAY

Autores:
Fernando Aguirre Ramírez
Jorge R. Albornoz
Nádia de Araújo
Miguel Armando
Adriana Dreyzin de Klor
Diego P. Fernández Arroyo
Cecilia Fresnedo de Aguirre
Delia Lipszyc
Cláudia Lima Marques
María Blanca Noodt Taquela
Beatríz Pallarés
Roberto Ruiz Díaz Labrano
Amalia Uriondo de Martinoli
Eduardo Vescovi

Prólogos:
Erik Jayme y Didier Opertti Badán

ZAVALIA

Editor

Diego P. Fernández Arroyo
(coordinador)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR

ARGENTINA, BRASIL, PARAGUAY, URUGUAY

Autores:
Fernando Aguirre Ramírez
Jorge R. Albornoz
Nádia de Araújo
Miguel Armando
Adriana Dreyzin de Klor
Diego P. Fernández Arroyo
Cecilia Fresnedo de Aguirre
Delia Lipszyc
Cláudia Lima Marques
María Blanca Noodt Taquela
Beatríz Pallarés
Roberto Ruiz Díaz Labrano
Amalia Uriondo de Martinoli
Eduardo Vescovi

Prólogos:
Erik Jayme y Didier Opertti Badán

ZAVALIA

Editor

© Copyright 2003, by Víctor P. de Zavalía S.A.
Alberti 835, 1223 Buenos Aires
Diseño de tapa: Gustavo Pedroza
Corrección: Inés Oliveira
Composición: Silvana Ferraro

Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

ISBN: 950-572-626-0

A la ilustre memoria de los maestros
Quintín Alfonsín, Werner Goldschmidt y Haroldo Valladão

"Pero en aquellos tiempos el escritor no era un individuo solo; era un pueblo. Transmitía sus misterios de edad en edad. Así fueron escritos los Libros Antiguos. Siempre nuevos. Siempre actuales. Siempre futuros".

Augusto Roa Bastos, *Yo el Supremo*

Abreviaturas

AADI	*Anuario Argentino de Derecho Internacional*
AADPIC	Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (OMC)
AC	Apelação Cível
ADC	*Anuario de Derecho Civil* (España)
ADCU	*Anuario de Derecho Civil Uruguayo*
AEDIPr	*Anuario Español de Derecho Internacional Privado*
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ATIT	Acuerdo de alcance parcial sobre transporte internacional terrestre (1991)
AUDI	*Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*
BIRPI	*Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*
BM	Banco Mundial
BO	*Boletín Oficial* (Argentina)
C	Código
CB	Código Bustamante

CC	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCivCom	Cámara de Apelaciones Civil y Comercial
CCM	Comisión de Comercio del MERCOSUR
CCom	Código de Comercio
CE	Comunidad Europea
CF	Constituçâo Federal (Brasil)
CFR	*Cost and Freight*; Costo y flete, INCOTERMS 2000 CCI
CG30CLLC	Convención sobre conflictos de leyes en materia de letra de cambio y pagaré a la orden, Ginebra, 1930
CG31CLCH	Convención sobre conflictos de leyes en materia de cheques, Ginebra, 1931
CGC	Condiciones generales de contratación
CGP	Código General del Proceso (Uruguay)
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIDIP	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (OEA)
CIF	*Cost, insurance, freight*; Costo, seguro y flete INCOTERMS 2000 CCI
CLOUT	*Case Law on UNCITRAL Texts*
CM	Código del Menor (Paraguay)
CMC	Consejo del Mercado Común (MERCOSUR)
CMI	Comité Marítimo Internacional
CN	Constitución nacional (Argentina, Paraguay)
CNCiv	Cámara Nacional en lo Civil
CNCom	Cámara Nacional en lo Comercial
CNCyComFed.	Cámara Nacional Civil y Comercial Federal
CNY	Convención de Nueva York de 1958
COJ	Código de Organización Judicial (Paraguay)
CPC	Código Procesal Civil (Brasil / Paraguay)
CPCCba.	Código Procesal Civil de Córdoba
CPCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
CR	Carta rogatória

CRT	Convenio sobre contrato de transporte y la responsabilidad civil del porteador en el transporte terrestre internacional de mercaderías (Chile, 1989)
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
CV	Convención de Varsovia de 1929
DComI	Derecho del comercio internacional
Dec leg	Decreto legislativo (Brasil)
Dec.	Decisión (del CMC)
DEG	Derechos especiales de giro (Fondo Monetario Internacional)
DFI	*Defense for Children International*
DIP	derecho internacional público
DIPr	derecho internacional privado
Dir.	Directiva (de la CCM)
DJ	*Diário Oficial* (Brasil)
DO	*Diario Oficial* (Uruguay)
DOU	*Diário Oficial da União* (Brasil)
ECA	*Estatuto de Criança e adolescente*
ECP	*ICC Electronic Commerce Proyect*; Proyecto de comercio electrónico de CCI
ED	*El Derecho* (Argentina)
EDI	*Electronic data interchange*; Intercambio electrónico de datos
EFTA	*European Free Trade Association*
EP	Estado parte
E-Terms	*Electronic Terms*; Términos Electrónicos de CCI
FCL	*Full Container Load*
FCU	Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay
FIATA	*Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Asimiles; International Federation of Forwarding Agents Association*
FIJ	Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, Argentina

FMI	Fondo Monetario Internacional
FOB	*Free on Board*; Franco a Bordo o Libre a Bordo INCOTERMS 2000 CCI
G-7	Grupo de los Siete
G-8	Grupo de los Ocho
GATT	Acuerdo general de aranceles y comercio
GMC	Grupo Mercado Común (MERCOSUR)
GO	*Gaceta Oficial* (Paraguay)
IAREDS	Reglas uniformes interamericanas en materia de documentos y firmas electrónicos
IIN	Instituto Interamericano del Niño (OEA)
ILA	*International Law Association*
IMO	Organización Marítima Intergubernamental
INCOTERMS 2000	Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales
INTERPOL	*International Police*
ISS	*International Social Service*
JA	*Jurisprudencia Argentina*
JNCom	Juzgado Nacional en lo Comercial, Buenos Aires
JNECivCom	Juzgado Nacional Especial en lo Civil y Comercial, Buenos Aires
JP	Juzgado de Paz
JLC	Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil (Uruguay)
LCL	*Less than Container Load*
LCQ	Ley de concursos y quiebras, Argentina
LICC	Lei de introdução ao Código Civil (Brasil)
LJU	*La Justicia Uruguaya*
LL	*La Ley* (Argentina)
LMC	Ley del matrimonio civil (Paraguay)
LOF	*Lloyds Open Form*
LOJ	Ley orgánica de la judicatura y de organización de los tribunales (Uruguay)
LQ	Ley de quiebras (Brasil)
MERCOSUR	Mercado Común del Sur

MRE	Ministerio de Relaciones Exteriores
NLCIFT	*National Law Centre for InterAmerican Free Trade* (Tucson)
OCDE	Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo
OEA	Organización de los Estados Americanos
OHADA	Organización para la Armonización en África del Derecho de los Negocios
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PDCE	Principios de derecho contractual europeo
POP	Protocolo de Ouro Preto
RAEU	*Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*
RCEA	*Revista de la Corte Española de Arbitraje*
RDCO	*Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Argentina)
RDIPP	*Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*
RDJA	*Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Uruguay)
RDM	*Revista de Derecho del MERCOSUR / Revista de Direito do MERCOSUL* (Argentina / Brasil)
Recueil des Cours	*Recueil des Cours* (Academia de Derecho Internacional de La Haya)
REDI	*Revista Española de Derecho Internacional*
Res.	Resolución (del GMC)
Rev. Der. Com. Emp.	*Revista de Derecho Comercial y de la Empresa* (Uruguay)
Rev. Der. Priv. Com.	*Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Argentina)
Rev. dos Trib.	*Revista dos Tribunais* (Brasil)

Rev. Inf. Leg.	*Revista de Informação Legislativa* (Brasil)
Rev. Mex. DIPr	*Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*
RISTF	*Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal (Brasil)
RRUU 500	CCI Reglas y usos uniformes a los créditos documentarios ICC *Uniforms Customs and practice for documentary credits*
RSTJ	*Revista do Superior Tribunal de Justiça*
RTJ	*Revista Trimestral de Jurisprudência* (Supremo Tribunal Federal, Brasil)
RTYS	*Revista de Transporte y Seguros* (Uruguay)
RUDF	*Revista Uruguaya de Derecho de Familia*
RUDI	*Revista Uruguaya de Derecho Internacional*
RUDIP	*Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*
RUDProc.	*Revista Uruguaya de Derecho Procesal*
SAM	Secretaría Administrativa del MERCOSUR
SCJ	Suprema Corte de Justicia
SCProv.	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
SE	Sentença estrangeira (Brasil)
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justicia (Brasil)
SWIFT	*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*
TA	Tratado de Asunción
TAC	Tribunal de Apelaciones en lo Civil (Uruguay)
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TF	Tribunal de Familia (Uruguay)
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJRJ	Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TLCAN (NAFTA)	Tratado de libre comercio de América del Norte
TM	Tratados de Montevideo
TMDCI	Tratado de Montevideo de derecho civil internacional (1889 y 1940)
TMDComI	Tratado de Montevideo de derecho comercial internacional (1889)
TMDComTI	Tratado de Montevideo de derecho comercial terrestre internacional (1940)
TMDNComI	Tratado de Montevideo de derecho de la navegación comercial internacional (1940)
TMDPI	Tratado de Montevideo de derecho penal internacional
TMDProcI	Tratado de Montevideo de derecho procesal internacional (1889 y 1940)
TODA	Tratado de la OMPI sobre derecho de autor
TOIEF	Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas
TRIPs	*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods* Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (AADPIC)
Ttrab.	Tribunal de trabajo
UAH	Universidad de Alcalá de Henares
UCC	Ccom uniforme (Estados Unidos)
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNICEF	*United Nations Children's Fund*
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UNL	Universidad Nacional del Litoral
URC 522	ICC *Uniform Rules for Collections*;

	CCI Reglas uniformes relativas a las cobranzas, Publicación 522
URGETS	ICC *Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement* Reglas uniformes y líneas de conducta para el comercio electrónico de CCI
URR 525	ICC *Uniform rules bank-to-bank reimbursements under documentary credits* Reglas uniformes de la CCI para los reembolsos interbancarios relacionados con créditos documentarios
VVAA	Varios autores
WCT	*WIPO Copyright treaty*; Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA)
WIPO	*World Intelectual Property Organization*; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
WPPT	*WIPO Performances and Phonograms Treaty*; Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF)

Autores, colaboradores, capítulos y epígrafes

FERNANDO AGUIRRE RAMÍREZ
(Universidad Católica del Uruguay –Uruguay–)
- Cap. 30 (con la colaboración de CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE)
- Ep. correspondiente al sistema autónomo de Argentina, con la colaboración de HORACIO MOHORADE
- Ep. correspondiente al sistema autónomo de Brasil, con la colaboración de NÁDIA DE ARAÚJO
- Ep. correspondiente al sistema autónomo de Paraguay, con la colaboración de ROBERTO RUIZ-DÍAZ LABRANO

JORGE R. ALBORNOZ
(Universidad Nacional del Litoral –Argentina–)
Cap. 21
- Ep. 26.VII
- Ep. 27.IV

NÁDIA DE ARAÚJO
(Pontificia Universidade Católica de Rio de Janeiro –Brasil–)
- Eps. correspondientes al sistema autónomo de Brasil (con la colaboración de CLÁUDIA LIMA MARQUES, DANIELA VARGAS, FABIO COSTA MOROSINI, FABINAO MENKE, MARCELO DE NARDI, JOSÉ

SALVADOR CABRAL MARKS, DANIELA CORREA JACQUES y FERNANDA NUNES BARBOSA)

MIGUEL ARMANDO
(Universidad Austral –Argentina–)
- Ep. 23.II

ADRIANA DREYZIN DE KLOR
(Universidad Nacional de Córdoba –Argentina–)
- Cap. 16 (con AMALIA URIONDO DE MARTINOLI)
- Ep. 3.II.3
- Eps. 4.I.1, 4.I.2 y 4.III (con AMALIA URIONDO DE MARTINOLI)
- Eps. correspondientes al sistema autónomo de Argentina en capítulos 5, 7, 9, 12 a 15, 17, 20 y 28 (con AMALIA URIONDO DE MARTINOLI)

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Universidad Complutense de Madrid –España– y Universidad Nacional de Córdoba –Argentina–)
- Cap. 1
- Cap. 2
- Cap. 3 (excepto 3.II.3)
- Cap. 10 (con EDUARDO VESCOVI) (excepto 10.IV)
- Cap. 13 (con la colaboración de CARLOS BERTOSI)
- Cap. 15 (con CLÁUDIA LIMA MARQUES)
- Cap. 24 (con CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE)
- Eps. 4.I.3 y 4.I.4 (con la colaboración de MARÍA DÍAZ-GUERRA)
- Ep. 6.I
- Eps. 26.I. (con CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE) (excepto 26.I.3) y 26.VI
- Ep. 28.IV.4 (con JAN KLEINHEISTERKAMP)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
(Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay –Uruguay–)
- Cap. 6 (excepto 6.I y 6.V)
- Cap. 20

- Cap. 24 (con DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO)
- Cap. 28 (excepto 28.IV.4)
- Cap. 31 (excepto 31.V)
- Ep. 7.I
- Ep. 8.IV
- Ep. 14.II
- Ep. 17.III (a partir de escritos de DIDIER OPERTTI BADÁN)
- Eps. 26.I. (con DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO) (excepto 26.I.3), 26.III (con la colaboración de GABRIELA AGUIRRE) y 26.IV (con la colaboración de VERÓNICA RUIZ)
- Eps. correspondientes al sistema autónomo de Uruguay (con la colaboración de VERÓNICA GUTIÉRREZ y VERÓNICA RUIZ)

DELIA LIPSZYC
(Universidad de Buenos Aires –Argentina–)
- Ep. 23.I

CLÁUDIA LIMA MARQUES
(Universidade Federal de Rio Grande do Sul –Brasil–)
- Cap. 15 (con DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO)
- Cap. 17 (excepto 17.III)
- Ep. 6.V
- Ep. 14.I

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA
(Universidad Nacional de Buenos Aires y Universidad de Morón –Argentina–)
- Cap. 11 (con GUILLERMO ARGERICH)
- Cap. 25
- Cap. 27 (con ADRIANA VERÓNICA VILLA) (Ep. 27.II con la colaboración de MARÍA NÉLIDA BUEZAS) (excepto 27.IV)
- Cap. 29
- Cap. 32
- Eps. 4.II y 4.IV
- Ep. 10.IV
- Eps. 26.I.3, 26.II y 26.V

BEATRIZ PALLARÉS
(Universidad Nacional del Litoral –Argentina–)
- Cap. 18
- Cap. 19
- Cap. 22
- Ep. 31.V y 31.VI.1.

ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO
(Universidad Nacional de Asunción –Paraguay–)
- Eps. correspondientes al sistema autónomo de Paraguay

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI
(Universidad Nacional de Córdoba –Argentina–)
- Cap. 16 (con ADRIANA DREYZIN DE KLOR)
- Eps. 4.I.1, 4.I.2 y 4.III (con ADRIANA DREYZIN DE KLOR)
- Eps. correspondientes al sistema autónomo de Argentina en capítulos 5, 7, 9, 12 a 15, 17, 20 y 28 (con ADRIANA DREYZIN DE KLOR)

EDUARDO VESCOVI
(Universidad de la República –Uruguay–)
- Cap. 8 (excepto 8.IV) (con la colaboración de CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE)
- Cap. 9 (con la colaboración de CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE)
- Cap. 10 (con DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO)

FABIO MASTRANGELO
(Universidad Nacional de Córdoba –Argentina–)
Traducción (con la colaboración de FLOR SATITE) de todos los textos originalmente escritos en portugués (epígrafes referidos al sistema autónomo brasileño y capítulos y epígrafes a cargo de CLÁUDIA LIMA MARQUES)

Prólogo

Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR

Erik Jayme
(Universidad de Heidelberg)

En las comunidades regionales tales como la Comunidad Europea o el MERCOSUR, el derecho tiene que servir a la integración y a mantener iguales condiciones dentro del mercado común. El DIPr entendido en sentido amplio, comprendiendo tanto las cuestiones procesales como los aspectos de derecho aplicable, es una de las principales herramientas para avanzar en la integración. Él respeta la diversidad cultural de los diferentes sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, se convierte en una vía de cooperación. El primer paso consiste habitualmente en unificar las normas relativas a la jurisdicción y aquellas dirigidas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras; el paso siguiente tiene que ver con el derecho aplicable. En Europa, los instrumentos usados al comienzo consistieron en convenciones entre los Estados miembros, las cuales han derivado, particularmente desde el Tratado de Maastricht, en reglamentos y directivas[1]. Además, los principios básicos del derecho comunitario han tenido algún impacto sobre el DIPr, hecho que ha ido generando la creación de un "derecho interlocal"[2].

1. BAUR, J.F. / MANSEL, H.-P. (eds.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, Munich, 2002.
2. JAYME, E., "Europa: Auf dem Wef zu einem interlokalen Privatrech", en MANSEL, H.-P. (ed.), *Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts*, Colonia y otras, 2001, pp. 31 ss.

El MERCOSUR carece todavía de una estructura institucional para una legislación centralizada, pero el desarrollo de un DIPr común tiende a configurar un pilar para la futura creación de un nuevo derecho comunitario[3]. Las nuevas reglas contenidas en instrumentos jurídicos internacionales van siendo incorporadas en los sistemas jurídicos nacionales. América Latina tiene una gran tradición en la codificación de normas de DIPr que bien puede caracterizarse como el fruto de un diálogo entre la ciencia jurídica y la necesidad de colaboración. En un contexto similar, este libro sobre las reglas de DIPr del MERCOSUR será una importante herramienta para la creación de un verdadero derecho comunitario.

El desarrollo de un derecho comunitario, en América Latina, tiene que tomar en cuenta las diferentes fuentes, tanto la codificación mediante tratados, en particular los aprobados en el seno de la CIDIP[4], así como el derecho nacional. Para ello, lo que se necesita es trabajar desde una perspectiva comparativa, a fin de construir una base común para un derecho comunitario. Este libro tiene la gran ventaja de analizar el derecho del MERCOSUR a la luz de las otras fuentes de DIPr.

Mirando hacia América Latina desde un punto de vista europeo, podemos notar similitudes y diferencias. Lo que a menudo sorprende es la originalidad de las soluciones. Para dar un ejemplo: en Europa la jurisdicción se basa principalmente en el domicilio del demandado; el actor tiene que buscar justicia en el país del demandado. En el Protocolo de Buenos Aires, en cambio, también puede ser competente el juez del domicilio del demandante, si éste ha cumplido con las obligaciones a su cargo; se trata de una regla que sigue una filosofía diferente y que conduce casi a una insuperable divergencia entre Europa y el MERCOSUR[5].

---

3. Ver FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "El derecho internacional privado en el MERCOSUR: ¿hacia un sistema institucional?", en *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI (Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995)*, Madrid, 1997, pp. 153 ss.; DREYZIN DE KLOR, A., *El MERCOSUR. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1997.

4. Para la evolución reciente, ver FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. / KLEINHEISTERKAMP, J., "Die VI. Interamerikanische Spezialkonferenz für Internationales Privatrecht der Organisation Amerikanischer Staaten (CIDIP VI)", *IPRax*, 2002, pp. 340 ss.

5. Para las dificultades que presenta el reconocimiento en Alemania de sentencias brasileñas basadas en el art. 88.3 del CPC de Brasil ("hecho ocurrido o de acto practicado

También podemos ver en América Latina otras interesantes realizaciones en el ámbito del DIPr, tales como las normas jurídicas especiales que definen los términos usados por las mismas[6].

En Europa, la preocupación principal del legislador comunitario después de la cesión de la competencia legislativa a la Comunidad (art. 65 del Tratado de Roma, después de la reforma de Amsterdam que entró en vigor en 1999), parece ser el derecho de familia[7]. En efecto, la libre circulación de personas requiere el reconocimiento del *status* familiar de la persona en toda la Comunidad. Ha habido algunas críticas respecto del reconocimiento automático de divorcios extranjeros basados en tenues contactos con el Estado del divorcio y respecto a la supresión del procedimiento de exequátur[8], pero es dentro de la lógica de la integración que las cuestiones relativas al *status* familiar deben ser resueltas de una forma más sencilla que antes. El derecho de familia sigue siendo una de las materias más importantes dentro del DIPr, siendo tradicionalmente una de las ramas del derecho donde las diversidades culturales –se podría pensar en el impacto de la religión– resisten la unificación del derecho sustantivo. Por otro lado, existen nuevos ámbitos tales como las uniones homosexuales registrables respecto de las cuales ni siquiera la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo ha encontrado un común denominador[9]. Aquí, el DIPr ofrece soluciones que, mediante el reconocimiento mutuo del estado adquirido, servirá al objetivo de la integración[10]. El libro, que trata de manera extensa las cuestiones de derecho de familia, constituye una meritoria contribución para vincular el derecho de familia

---

en Brasil"), ver *Bundesgerichtshof* (tribunal supremo federal), 3/12/1992, *IPRax*, 1994, pp. 204 ss., especialmente, p. 207.

6. Ver HERNÁNDEZ BRETÓN, E., "El domicilio de las personas físicas en el DIPr actual", en *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Addendum 2001, pp. 147 ss.

7. Ver KOHLER, CH., "Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien und Erbrecht", *FamRZ*, 2002, pp. 709 ss.

8. Ver JAYME, E., "Zum Jahrtausendwechsel: Das kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus", *IPRax*, 2000, pp. 165 ss. (la política de promocionar la libre circulación de las personas no es compatible con la estabilidad de la familia).

9. *European Court of Human Rights*, 26/6/2002, *JPC*, 2002 II 10074.

10. Ver art. 7 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CIDIP II), Convención vigente en todos los países del MERCOSUR.

a aquello que, a primera vista, parece ser un "derecho comunitario" reducido a materias económicas.

El tema más difícil del DIPr –y tal vez el más importante en la práctica diaria– es el referido a las sucesiones. Las diferencias entre los sistemas jurídicos son enormes. La completa libertad del testador en la órbita del *common law*, para redactar un testamento a favor de las personas que él o ella quiere, es opuesta a la estricta observancia de los derechos de los miembros de la familia en los sistemas jurídicos basados en el Código Civil francés. Además, el modo en que los bienes pasan al heredero es totalmente diferente en sistemas basados en la *hereditas jacens* del derecho romano, si la comparamos con otros sistemas (como el alemán) en los cuales el patrimonio pasa al heredero automáticamente. Hay una gran necesidad de cooperación en este campo, y uno de los méritos de este libro es incluir las sucesiones y facilitar también el camino a un derecho comunitario en esta materia.

El libro muestra claramente la necesidad de un DIPr del MERCOSUR y es en sí mismo un elemento para la creación de un derecho comunitario, una *"création savante"* que, esperamos, producirá una mayor integración entre los países del MERCOSUR.

Heidelberg, julio de 2002.

Prólogo

Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR

Didier Opertti Badán
(Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay)

El MERCOSUR nació como un proyecto regionalista abierto al mundo y el desarrollo del mismo ha estado guiado siempre por esa máxima. Si se observan los trabajos previos a la constitución del MERCOSUR en 1991, puede advertirse sin dificultad que los gobernantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay eran perfectamente conscientes tanto de las nuevas características que iba adoptando la situación mundial al influjo del fenómeno de la globalización, como de la necesidad correlativa de hacerse fuertes en un mundo cada vez más competitivo. La fortaleza, entonces y con más razón ahora, pasaba por la configuración de un esquema de integración entre cuatro países con sólidos lazos históricos y culturales, pero no para buscar una utópica y seguramente perjudicial autarquía respecto del resto del mundo sino para enfrentar los desafíos de la globalización conjuntamente. Para poder ser protagonistas de nuestro propio destino en estos tiempos de cambios tan vertiginosos necesitábamos y necesitamos imperiosamente que los 200 millones de mercosureños podamos vivir en un espacio socialmente justo y económicamente competitivo. La integración, a pesar de todos sus problemas y sus desequilibrios, debe ser el medio para conseguir esa anhelada meta. El árbol de las dificultades experimentadas, de los considerables cimbronazos que nuestro proyecto ha padecido, no debe taparnos el bosque de un futuro cuya viabilidad está en gran medida atado al éxito de nuestro proyecto integrador.

Fueron precisamente esas premisas de construir un espacio sólidamente integrado pero abierto a los intercambios de todo tipo con el resto del mundo (apertura que es una característica consustancial a nuestros países que los distingue claramente de injustas actitudes mantenidas por otros países y otros bloques de integración) las que llevaron a las autoridades del MERCOSUR a preocuparse por desplegar una armonización jurídica amplia y coherente, entendiendo al derecho como herramienta esencial para ordenar y consolidar, con un criterio de justicia, nuestra integración y nuestra inserción en el mundo. El acta fundacional del MERCOSUR, el Tratado de Asunción, dejó clara la importancia de esta tarea en su primer artículo. Y por ese camino hemos andado a lo largo de estos diez años, cometiendo los aciertos y los errores propios de quien empieza a transitar por vías nuevas, aunque tomando en cuenta otras ricas experiencias como la de la UE o el Pacto Andino, entre otras. Algo tenemos muy claro: si queremos llegar a construir el ansiado Mercado Común del Sur, debemos remover, entre otros, los obstáculos jurídicos que impiden que los factores de producción, las personas y las decisiones judiciales y arbitrales puedan circular fluidamente en su interior. Y, cuando corresponda, no vacilar en rectificar los acuerdos y soluciones.

Naturalmente, no podría ocultar –acaso por mi experiencia en la toma de decisiones del MERCOSUR– que desde 1998 al presente se ha puesto en evidencia, en ciertos momentos de modo dramático, la ausencia en el organismo regional de compromisos exigibles de los Estados parte en la adopción de políticas acordes al compromiso de integración nacido en Asunción (1991) y consolidado a nivel de Unión Aduanera en Ouro Preto (1994). La predominancia de estrategias propias de cada Estado, normalmente insertas en coyunturas económicas desfavorables, han impedido al MERCOSUR adoptar una visión de subregión verdaderamente apoyada sobre los pilares de una política macroeconómica alineada o al menos afín, una política monetaria libre de sobresaltos con el objetivo puesto en una moneda común, en fin, una actitud de cambio posible y a la vez necesaria e inaplazable.

En este esfuerzo de armonización no podía estar ausente el DIPr debido, entre otras, a dos razones básicas. La primera de ellas es que, como tantas veces se ha dicho, avanzar en la configuración de un DIPr común

entre varios Estados constituye tal vez la forma más equilibrada y practicable de realizar la armonización jurídica entre ellos ya que, al mismo tiempo que se mantienen incólumes los ordenamientos materiales nacionales, se va logrando que las relaciones jurídicas de carácter privado vinculadas con dos o más de dichos ordenamientos reciban exactamente el mismo tratamiento de DIPr cualquiera sea el país donde se planteen. Es decir que de un lado se resguarda la soberanía legislativa tan cara a todos los países y de otro se garantiza una cierta previsibilidad de los resultados. Eso no excluye que se pueda alcanzar la unificación normativa en algunas áreas del derecho sustancial, pero resulta evidente que la reglamentación común del DIPr está llamada a jugar un papel esencial en este sentido. La segunda de las razones posee profundas raíces históricas y no es menos importante que la primera, aunque es más "local". Se trata de nuestra conocida tendencia a concretar de forma solvente y efectiva la unificación del DIPr. No en vano los Tratados de Montevideo fueron los primeros textos integralmente dedicados al DIPr que entraron en vigor en el mundo.

Es cierto –cabe reiterarlo– que mientras ese DIPr común reconoce raíces históricas entre Argentina, Paraguay y Uruguay, Brasil se había mantenido un tanto al margen de esa realización, lo mismo que de la obra de la CIDIP que viene llevándose a cabo, con singular dinamismo, desde 1975. Sin embargo, y afianzando lo que antes decía, ha sido la misma existencia del MERCOSUR lo que ha venido a variar una actitud general tradicional de su socio mayor, actitud que muchos juzgaban inmodificable y que pasaba por la no incorporación a los resultados de la codificación internacional del DIPr. En efecto, desde la entrada en vigor del MERCOSUR, Brasil no sólo ha participado activamente en la elaboración del DIPr mercosureño sino que también se ha incorporado a muchas convenciones de la CIDIP y ha vuelto a formar parte de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. Este solo dato sirve para comprobar la trascendencia de los pasos dados.

El hecho preanotado nos permite atribuir al MERCOSUR, y en particular a su DIPr, un rol dinamizador en las políticas de desarrollo jurídico regional, y a un mismo tiempo ha servido de excelente demostración del valor técnico de las soluciones elaboradas en el marco del sistema interamericano con su ya clásico instrumento de la CIDIP, sin ig-

norar otras fuentes extrarregionales que a través de la doctrina y la jurisprudencia permean el derecho positivo mercosureño.

Nuestra satisfacción por estar recorriendo el camino correcto no puede, sin embargo, hacernos creer que todo lo que hemos realizado hasta ahora es inmejorable. Por el contrario, somos los primeros en reconocer que hemos pecado tanto por exceso como por defecto y somos los más interesados en subsanar cualquier tipo de error que hayamos podido cometer. Estamos firmemente persuadidos de que el DIPr mercosureño debe aprovechar el bagaje que nos ofrecen generosamente, tanto nuestro pasado repleto de instrumentos de la trascendencia de los Tratados de Montevideo, el Código Bustamante y las convenciones interamericanas, como los modernos textos de DIPr elaborados por foros internacionales y por Estados particulares de todos los rincones del planeta. Creemos que en la medida en que nuestros jueces, autoridades y abogados se familiaricen con las reglas que se ha dado el MERCOSUR podremos saber de una manera más clara qué es lo que se debe rectificar en nuestra actividad futura. Por ahora, huyendo de cualquier exitismo, podemos decir con orgullo que estamos haciendo un buen trabajo o, al menos, un trabajo útil.

Ese DIPr que han ido elaborando los órganos del MERCOSUR se va introduciendo en los ordenamientos nacionales, acentuando así los rasgos de homogeneidad que el desarrollo histórico y el trabajo común han ido generando a través de los tiempos, rasgos sobre los cuales la ya comentada influencia poderosa de la obra de la CIDIP brilla con luz propia. Empero, cada uno de los sistemas nacionales de DIPr mantienen no pocas particularidades, algunas de las cuales pueden calificarse como propias de esta rama jurídica, mientras que otras tienen que ver más con ciertos caracteres generales de cada ordenamiento, tanto en relación con el contenido de su derecho material como en lo que hace referencia a los perfiles básicos de su sistema de derecho público –eso, sin nombrar la diferente actitud experimentada por cada uno respecto de las normas de DIPr elaboradas por los foros de codificación internacional–. Aquellos rasgos homogéneos y estos aspectos peculiares deben ser tenidos en cuenta si se quiere comprender cómo los Estados de esta subregión conciben y aplican sus sistemas de DIPr.

La aprobación en febrero de 2002 en Olivos, República Argentina, del Protocolo para la solución de controversias del MERCOSUR, el cual

reemplaza al Protocolo de Brasilia (1991) y su Reglamento (1998), con la creación de un Tribunal Permanente, competente para revisar los fallos arbitrales de los tribunales *ad-hoc* y con atribuciones por voluntad de las partes de instancia única, no sólo constituye un desarrollo institucional de relieve *per se*, sino que abre excelentes posibilidades de configuración de una suerte de doctrina mercosureña capaz de crear y desarrollar criterios y principios orientadores de la interpretación y aplicación de la normativa MERCOSUR, tanto técnica como instrumental. Sin duda, lo anterior contribuirá a crear en el MERCOSUR un hábitat jurídico de mayor previsibilidad y certidumbre, sumándose así al producto natural a cargo del DIPr subregional.

Y es en este contexto que he intentado resumir, en unas pocas líneas, el ámbito donde viene a inscribirse este libro sobre el *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. El mejor juicio sobre esta obra lo dan la nómina de sus autores y los temas escogidos. La utilidad, indiscutible; la oportunidad, inaplazable; la necesidad, indispensable.

Diego Fernández Arroyo es argentino por *jus soli* y *jus sanguinis*, español en su incansable ejercicio investigador y docente, uruguayo por su compromiso de siempre con nuestra causa jusprivatista, latinoamericano sin fisuras y –cabe reconocerlo– pertenece, desde su "sede habitual" europea, a todos esos y otros escenarios diversificados, aunque unificados al amparo de una "indomable" vocación de servicio. Es pues y sin discusión quien reúne hoy día los mejores atributos para llevar adelante esta obra.

Por último: el libro no contendrá páginas de mi autoría, aunque pueda ello ser extraño hasta para mí mismo. Pero así lo ha impuesto la realidad y a ella me he rendido con la convicción plena de que el futuro habilitará oportunidades de trabajo conjunto con tan calificados colegas y amigos. Desde esa esperanza y desde el pórtico de esta publicación expreso mi profunda alegría y natural agradecimiento que a no dudarlo compartirán sus lectores que muchos y atentos habrán de ser.

Montevideo, junio de 2002.

Palabras preliminares

Diego P. Fernández Arroyo

Cuando hace ya bastante tiempo (no digo cuánto porque me da vergüenza) me decidí finalmente, después de incontables conversaciones sobre el particular, a elaborar un índice tentativo y a enviárselo a varios amigos mercosureños a efectos de que cada uno eligiera los temas que más le gustasen, no pensaba que la tarea de coordinar un texto de DIPr que fuese válido para los cuatro países del MERCOSUR y que reflejara los problemas y las reglas actuales de las relaciones privadas internacionales (tan diferentes a las de poco tiempo atrás) sería tan demandante en tiempo, esfuerzo y paciencia. A tal punto esto es así que me animo a jurar que no me encontrarán otra vez en un baile similar. En el fondo, creo que confiaba demasiado en lo que es práctica común en España, donde los manuales colectivos constituyen moneda corriente. En Argentina había conocido, como alumno, los libros de derecho civil (familia y sucesiones) preparados por los miembros de las cátedras respectivas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, que me fueron de una gran utilidad, acaso en cierta medida porque mis profesores (muy buenos) eran los autores de los mismos. Pero, a diferencia de lo anterior, en este caso existía un desafío particular y novedoso: intentar elaborar un discurso de DIPr no por referencia a un solo sistema sino a cuatro. Y casi está demás confesar que no ha sido fácil. No lo ha sido en cuanto al trabajo en sí, porque ha resultado más complicado

de lo que imaginaba intentar lograr un producto homogéneo, pero tampoco en cuanto al espíritu subyacente a la obra, ya que los últimos tres años han sido proficuos en lo que a cuestionamientos sobre la viabilidad del MERCOSUR se refiere. La ola de *mercosurescepticismo* es muy fuerte, alentada como está por presiones externas y desafortunadas políticas internas, que a su vez alimentan un legítimo sentimiento que se concreta en la pregunta "¿pero es ésta la integración que queríamos?"

Más allá del futuro del MERCOSUR como bloque de integración y pase lo que pase con la consecución del objetivo fundamental planteado por el TA, que es el de conformar un mercado común, lo cierto es que todo lo que se ha hecho o se ha provocado en materia de DIPr ha marcado un antes y un después en muchas cosas, a punto tal que los ordenamientos de los países implicados en el proceso ya no volverán a ser los mismos. En este sentido, nuestro objetivo de mínima ha sido familiarizar a estudiantes, operadores y, por qué no, a profesores con los sistemas de DIPr más inmediatos, más próximos. Pensamos que, habida cuenta del gran número de soluciones comunes, no debía ser tan difícil aprehender no tanto las normas positivas de DIPr de los socios mercosureños, sino muy especialmente las diferencias y los matices en la forma de concebirlas y aplicarlas. El objetivo de máxima se presentaba un poco más utópico y consistía en ayudar a sentar las bases de un auténtico DIPr común (mercosureño o como se llame) a través del planteamiento de un panorama completo del estado actual del mismo. Ese DIPr común tiene por fuerza que ser un producto propio, abierto a las experiencias ajenas pero consustanciado con la realidad de Latinoamérica y de la subregión mercosureña. Muchos elementos en el libro apuntan, ora subrepticia, ora abiertamente, a ese fin. Sólo por descubrir uno, cabe mencionar la distinción entre situaciones "esencialmente patrimoniales" y "esencialmente no patrimoniales", distinción que, aunque pueda carecer de toda la rigurosidad exigible desde un punto de vista dogmático y adolecer de cierto carácter artificial, busca resaltar la importancia que la persona en sí representa para nuestro orden jurídico y para nuestra cultura.

Le propuse acompañarme en este empeño a un grupo de amigas y amigos (que, obviamente, son mucho más que colegas) de los cuatro Estados, con quienes me vincula no sólo el afecto recíproco sino un sentimiento común acerca de la trascendencia histórica y estratégica del proceso de

integración puesto en marcha en 1985 y concretado en 1991. En los tiempos que nos tocan vivir, no se trata sólo de conectar con la tradicional esencia integradora latinoamericana sino de darse cuenta que las particulares circunstancias del orden político y económico mundial exigen una respuesta adecuada y eficiente. Todas las personas que aparecen en este libro, además de adscribir a esta idea, colaboran efectivamente desde sus actividades públicas o privadas con la construcción de un espacio común, cuya finalidad no puede ser otra que la mejora sustancial de las condiciones de vida de todos los que lo habitan. Es fácil darse cuenta de que, por fortuna, hay más personas que reúnen estas cualidades (amistad, dedicación al DIPr, militancia a favor de una auténtica integración), pero era imposible que todos escribiéramos en la misma obra.

No obstante, los que escriben y los que no, aparecen citados en la bibliografía complementaria que acompaña a cada capítulo, ya que tratamos de brindar, sin ánimo exhaustivo, algunos de los trabajos más relevantes publicados en castellano y portugués, y sólo muy excepcionalmente en otros idiomas, para quien quiera profundizar o contrastar nuestros desarrollos con otros. Dichas bibliografías complementarias intentan ser escuetas y elementales, aunque el gran impacto que ha tenido la normativa del MERCOSUR sobre los ordenamientos de los Estados parte provoca que en algunos capítulos (como en el 2 y el 4) la extensión aumente significativamente. Al final del libro se incluye una lista de obras generales sobre la materia, con pretensiones de ser completa respecto de lo producido en los últimos veinte años en los idiomas mercosureños y ciertamente selectiva pero actual en relación con obras en otros idiomas (alemán, francés, inglés e italiano). Como se comprobará, dichas obras generales no se citan en los diferentes capítulos aunque, obviamente, las mismas traten buena parte de todos esos temas y sean permanentemente tenidas en cuenta.

El homenaje a los grandes maestros *pre*mercosureños del DIPr –Quintín Alfonsín, Werner Goldschmidt y Haroldo Valladão– busca dejar constancia del sincero reconocimiento a todos los que contribuyeron al despegue de nuestra disciplina en esta parte del planeta y la hicieron trascender las fronteras de nuestros países. Nuestro trabajo no pretende ser más que una aplicación de sus enseñanzas a los tiempos que nos han tocado vivir, signados por una serie de fenómenos que o bien son nuevos o bien aparecen revestidos de nuevas características. Lógicamente, la

elección de esas figuras preclaras del DIPr subregional no implica en modo alguno la ignorancia o el olvido de la labor de todos los profesores mercosureños que han trabajado y trabajan las intrincadas aristas de una materia no siempre maleable y dúctil, a quienes hacemos extensivo el homenaje. Una actitud también de homenaje, junto a un sentimiento de profunda gratitud, tenemos para con los dos inmensos juristas que han tenido a bien regalarnos sus valiosas palabras de presentación acerca de la "necesidad de un DIPr del MERCOSUR"; creemos, sin temor a equivocarnos, que nadie mejor que Didier Opertti Badán desde el centro mismo del MERCOSUR y Erik Jayme desde su perspectiva europea tan abierta a nuestra región, para realizar esa introducción.

La idea era hacer un libro de eminente finalidad docente (cuya comprensión no tuviera nada en común con un potro de torturas) que sirviera también al operador jurídico y al observador extranjero ávido de desentrañar nuestro laberíntico DIPr. Creemos, sincera y modestamente, que el resultado puede ser muy útil para todos ellos. Para ello hemos pretendido evitar dos cosas: extensos desarrollos teóricos y meros análisis descriptivos de las normas vigentes. Lamentablemente, no hemos cumplido totalmente con esos cometidos, acostumbrados como estamos en nuestra cultura jurídica a ambas cosas, que nos separan por igual de la realidad práctica de los casos de DIPr y del entusiasmo de los destinatarios. Seguramente, mejoraremos el producto en ediciones posteriores.

El DIPr está cambiando tan vertiginosamente en nuestros países que es muy probable que algunos datos que se ofrecen en este libro ya se hayan modificado al llegar a las manos del lector. Para paliar el efecto de desactualización de esos datos –el de estado de vigencia de las convenciones internacionales–, incluimos al final del Cap. 2 información acerca de los sitios electrónicos de los principales organismos internacionales, donde tales datos se encuentran actualizados.

En lo que a este coordinador respecta personalmente, no puedo ni quiero dejar de agradecer, en primer lugar, a todos los que de alguna u otra manera contribuyeron al libro en sí, como autores o colaboradores, o con su apoyo en momentos claves, como Wera y César Quintana o Melba Santa Coloma, por no mencionar la siempre ingrata tarea de corrección de pruebas generosamente asumida por María Blanca Noodt Taquela y Beatriz Pallarés. Pero también es de justicia mostrar mi reco-

nocimiento a los que me han ayudado (directa o indirectamente, conscientes o no) a entender distintos aspectos formales, sustanciales y operativos del DIPr y las glorias y miserias de la vida académica en general. Los del lado latinoamericano ya aparecen citados en la p. 18 de una introducción al DIPr publicada en Argentina por la editorial Advocatus en 1998; repito cada uno de esos nombres, aunque quiero hacer una mención particular del de mi dilecto amigo Leonel Pereznieto Castro, que me animó a llevar a cabo este trabajo y que, lo que es infinitamente más importante, me abrió las puertas de un país increíble y maravilloso. Agrego ahora a ese núcleo duro "latinoamericano" los nombres de Paula All, Alberto Aronovitz, Jean-Michel Arrighi, Cecilia Azar, Carlos Berraz, Analía Consolo, Armando Castanedo, Julio César Cueto Rúa, Rodolfo Dávalos, Jacob Dolinger, Carlos Echegaray, Sara Feldstein, Magín Ferrer, Alejandro Garro, Cristian Giménez Corte, Horacio Grigera Naón, Víctor Herrero, Fabiana Jure, Enrique Lagos, María Susana Najurieta, Emma Nogales, Loretta Ortiz, Alicia Perugini, Luiz Pimentel, Miguel Rábago, Ernesto Rey Caro, João Grandino Rodas, Carlos Rodríguez Tissera, Javier Toniollo, Jorge Silva, María Elsa Uzal e Inés Weinberg. Fuera de ese ámbito, tan geográfico como espiritual, quiero también nombrar a Mariano Alonso, Ricardo Alonso, Santiago Álvarez González, Rafael Arroyo, Pilar Blanco, Andrea Bonomi, Joachim Bonell, Alegría Borrás, Nuria Bouza, Alfonso Calvo, Rubén Carnerero, Javier Carrascosa, Ana Crespo, Miguel Checa, Manuel Desantes, Carlos Esplugues, Rosario Espinosa, Jatxi Ezquiaga, Olga Fuentes, Inocencio García Velasco, Julio D. González Campos, Julio González García, José Luis Iglesias, Erik Jayme, Fritz Juenger, Jan Kleinheisterkamp, Kate Lannan, Manuela Leimgruber, Aurelio López-Tarruela, María José Lunas, Pilar Maestre, Javier Martínez-Torrón, Pedro-Pablo Miralles, Manolo Morán, Rui Moura Ramos, Alfred von Overbeck, Guillermo Palao, Paolo Picone, Sonia Rodríguez Jiménez, Pilar Rodríguez Mateos, Jürgen Samtleben, Sixto Sánchez Lorenzo, Nina Scherber, Jim Smith, María Luisa Trinidad, Marina Vargas, Aurelia Álvarez Rodríguez, Carmen Otero y, muy especialmente, a Juan Velázquez Gardeta, que me enseñó tantas cosas. A todos ellos –o a su memoria–, muchas gracias.

San Nicolás de los Arroyos, mayo de 2002.

Parte general

Sección I
Introducción

Capítulo 1

Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado

Diego P. Fernández Arroyo

I. Razón de ser del DIPr

1. Desde tiempos remotos los seres humanos han desarrollado algún tipo de actividad con trascendencia jurídica fuera de su entorno más inmediato ("actividad exterior") generando así, inicialmente en un terreno meramente especulativo, el planteo de ciertos problemas particulares. Así, llegó un momento en el que se empezó a ver que tal vez no fuera adecuado que las reglas vigentes en una determinada demarcación política se aplicaran a supuestos que no estaban exclusivamente vinculados con ella. Por eso no debe sorprender que hace ya ocho siglos un glosador llamado Acursio se preguntara por la ley que debía aplicarse en Módena al ciudadano de Bolonia, sugiriendo la posibilidad de que no fuera en todo caso aplicable la ley local (en su magnífico libro *Choice of Law and Multistate Justice*, pp. 6-21, Friedrich K. Juenger nos muestra otros varios ejemplos de aquel DIPr rudimentario).

Con el tiempo, la actividad a la que hacemos referencia no sólo se ha ido multiplicando y diversificando sino que ha ido generando nuevos problemas y necesitando, en consecuencia, nuevas soluciones. En este inicio del siglo XXI nos encontramos con un panorama mundial que sigue marcado por la división en Estados nacionales, cada uno con sus correspondientes organizaciones jurisdiccionales y ordenamientos jurídicos. Es verdad que muchísimos Estados se ven afectados por la existencia –hacia afuera– de los fenómenos de globalización e integración que, en al-

gunos aspectos, respecto de determinados movimientos y todavía parcialmente, van desdibujando de algún modo las fronteras nacionales, al mismo tiempo que aumenta la importancia de organismos internacionales y, en algún caso, supranacionales. Es cierto también que paralelamente los Estados han ido perdiendo notablemente poder de decisión respecto de actores privados y que unos cuantos de ellos han llevado a cabo procesos de descentralización político-administrativa a favor de entidades regionales, sumándose así a los que ya tenían esa estructura desde su constitución como tales. Pero, con todo, seguimos teniendo por el momento, al menos tantos ordenamientos jurídicos y organizaciones jurisdiccionales como Estados nacionales, ordenamientos y organizaciones que difieren entre sí, sin que los esfuerzos de armonización y unificación jurídicas encarados en múltiples instancias internacionales hayan logrado modificar esencialmente dicha situación. Ni siquiera dentro de los sistemas tan integrados como el de la Unión Europea.

En tal contexto, resulta que los particulares (personas físicas y jurídicas) superan cada vez con mayor facilidad las fronteras nacionales (más las segundas que las primeras) para entablar todo tipo de relaciones jurídicas de carácter privado. Los supuestos son innumerables ya que los desplazamientos internacionales masivos de personas físicas, tan comunes hoy en día, ya sean de carácter más o menos permanente como los movimientos migratorios o a corto plazo como los desplazamientos por motivos profesionales o turísticos, constituyen una fuente inagotable para la realización de tales relaciones, debido a que las personas que se trasladan contratan, se casan, tienen hijos, se accidentan, etc. Del mismo modo, el desplazamiento internacional de las empresas en busca de beneficios fiscales o de mano de obra barata, se ha convertido en algo cotidiano. Sin embargo, como es obvio, hace mucho tiempo que ya no es necesario desplazarse para llevar a cabo algún tipo de "actividad exterior". Y no sólo nos referimos a casos tan diferentes como los de quienes contraen matrimonio "por poder" o los de una empresa que realiza vertidos tóxicos provocando daños ambientales en un país vecino. Piénsese en la amplísima gama de posibilidades abierta por los avances informáticos y la presencia ubicua de Internet, que hace posible celebrar contratos o violar la propiedad intelectual desde cualquier lugar del mundo donde exista acceso a una computadora personal conectada a la red.

Como puede verse, la mencionada "actividad exterior" –consustancial a la época en que vivimos– tiene la virtud o el defecto de poner en contacto dos o más sistemas diferentes. Y como los sistemas nacionales han estado pensados, en principio, para situaciones que podríamos llamar internas u homogéneas, surge la necesidad de una reglamentación específica para la "actividad exterior". Vocación ecuménica de los particulares y pluralidad de sistemas (Carrillo Salcedo) son, de este modo, presupuestos del DIPr. Incluso, aunque en un sector determinado las normas materiales vigentes en todos los Estados vinculados con una concreta relación jurídica sean idénticas, la certeza en cuanto al derecho aplicable no alcanza a borrar la necesidad de normas que brinden respuestas a preguntas tales como ¿ante quién habrá que plantear la solución de las controversias que se susciten en el transcurso de dicha relación?, o ¿qué efectos tendrán dichas soluciones fuera del Estado en el cual se tomen? Puede aducirse que la pluralidad de organizaciones jurisdiccionales no es una cuestión de derecho privado (Prujiner) pero, al impactar sobre el conjunto del derecho, la importancia del dato se torna insoslayable.

2. Ejemplo: si una empresa láctea de la provincia argentina de Santa Fe vende parte de su producción a un supermercado de Buenos Aires, nos encontramos en el marco de certeza jurídica que otorga la existencia de un solo ordenamiento y una única jurisdicción; en consecuencia, la tarea de determinar quién está facultado para solucionar una disputa entre los contratantes y las concretas normas aplicables al caso es sencilla, unívoca y, en el peor de los casos, hay una autoridad máxima común que tiene la potestad de solucionar de manera definitiva cualquier conflicto que se pueda plantear. La cuestión varía sustancialmente si, aprovechando las facilidades que brinda –o debería brindar– la normativa mercosureña, la empresa santafesina decide vender parte de su producción a un establecimiento comercial de Porto Alegre (Brasil). En este caso, la certeza indicada se diluiría por la presencia de dos ordenamientos jurídicos y dos sistemas jurisdiccionales sin una autoridad judicial superior común. De ahí la necesidad de unas respuestas para resolver tal incertidumbre. Estas respuestas, que puede adoptar cada Estado individualmente o en conjunto con otros, constituyen el DIPr.

II. Objeto del DIPr

1. Concepciones formalistas y sustancialistas

3. Uno de los objetivos básicos de esta obra consiste en tratar de evitar, tanto como sea posible, el relato de disquisiciones meramente teóricas que tanto han ocupado (y gustado, aparentemente) a los internacionalprivatistas desde que, a mediados del siglo XIX, comenzaron a sentarse las bases de lo que se denomina el DIPr clásico. Pero dedicar siquiera unas pocas líneas al objeto de la disciplina parece inevitable. Sucede que alcanzar cierto consenso en el seno de determinada comunidad científica respecto de algún elemento del saber al cual la misma dedica sus esfuerzos intelectuales, no es una tarea simple ni un resultado que se consigue por obra del azar. Este mero dato, habida cuenta de la diversidad de tradiciones, influencias e intereses que se desarrollan en una ciencia, es por sí mismo suficientemente importante como para ser tenido en cuenta. Si además el acuerdo de pareceres se refiere a algo tan crucial como es el objeto de la disciplina tratada, merece ser valorado en toda su dimensión desde el principio y sin ambages, a la vez que obliga a realizar algunas consideraciones de fondo. En efecto, partiendo de la idea de que eso es más o menos lo que ha ocurrido durante mucho tiempo, explícita o implícitamente, entre los estudiosos del DIPr (Domínguez Lozano), pueden irse desgranando unas nociones básicas.

Para arribar a tal estado de consenso ha sido necesario que se produzca el abandono progresivo de las doctrinas normativistas que, con distintos matices, definen el objeto del DIPr tomando como *prius* lo que en puridad es claramente un *posterior*, una consecuencia de la existencia de un objeto a regular: el conjunto de reglas elaboradas para llevar a cabo dicha regulación. Es decir que, según el normativismo, el objeto se configura mediante una constatación empírica, según la cual al existir un tipo de normas diferenciadas del resto, que están destinadas a solucionar los "conflictos" entre las leyes de los distintos Estados, puede hablarse de una disciplina jurídica particular compuesta por ellas (Kegel, Goldschmidt). Y precisamente allí se halla el núcleo de la inadecuación del enfoque teórico, ya que, al partir de la evidencia de la norma, la *ciencia* se sitúa exclusivamente en un estadio ulterior al *sistema*. El campo de tra-

bajo de los estudiosos (el objeto) queda limitado a una porción de la producción legislativa. El conjunto de normas de DIPr es tomado así a un mismo tiempo como objeto y contenido de la disciplina y el problema es que, aunque en general esto no suscite una gran preocupación doctrinal, a partir de esa confusión se derivan muchas otras.

Que el punto de partida sea inadecuado no es tan grave como las consecuencias de los planteamientos normativistas. Lo que en principio podría considerarse una actitud lícita además de pragmática, al evitar el tratamiento de un problema engorroso para ocuparse de algo más tangible –las normas positivas–, se deslegitima al producir una serie de efectos perniciosos encadenados. El primero de ellos consiste en definir "el problema" del DIPr como una supuesta contradicción entre ordenamientos jurídicos, sin advertir que, en todo caso, ésta no se produce sino respecto de relaciones concretas. El ordenamiento jurídico brasileño, el Código Civil de Brasil o cualquier norma concreta de derecho material brasileño, no están "en conflicto" con el Código Civil de Uruguay, ni con alguna norma concreta de este ordenamiento jurídico, ni de cualquier otro país. Simplemente sucede que, en uso de sus potestades soberanas y sobre la base de su tradición jurídica, intereses y necesidades, cada Estado establece las reglas que considera adecuadas. Para los normativistas la función exclusiva del DIPr es la de resolver el "conflicto" mediante la elección de una de las leyes implicadas –segundo efecto–. De este modo el DIPr queda reducido a los conflictos de leyes y la norma de DIPr a la norma de conflicto –tercer efecto–, que es como se llama a la particular norma jurídica que tiene por finalidad remitir a uno de los derechos materiales vinculados con cada supuesto, como se verá más adelante. Desde una perspectiva actual, no dejaría de ser chocante que todo el campo de acción de la disciplina se viera acotado a una norma (aunque fuera la principal y paradigmática) de lo que sólo es un sector de aquélla (el del derecho aplicable).

Con todo, la consecuencia más insostenible de cualquier concepción diseñada con los parámetros indicados es que conduce indefectiblemente a una opción perversa: o no se deja sitio para la dimensión judicial del contenido, o se rompen los moldes de una mínima rigurosidad argumentativa. Lo primero se ha observado en la doctrina alemana, en la cual, al constatar que las cuestiones "procesales" se producen en la realidad y no se

pueden borrar por arte de magia, se ha recurrido al expediente artificial de englobarlas en una disciplina "vecina" o "afín", desarrollable en un "anexo", a la que se llama derecho procesal civil internacional. Lo segundo se produce al intentar, sin salir del esquema formalista, establecer otra categoría dentro del DIPr, la del "conflicto de jurisdicciones", soslayando la explicación de por qué y cómo se parte de dos problemas distintos con el mismo razonamiento.

4. La superación de esas teorías acerca del objeto nos lleva a hablar, en razón de todo lo anterior, de la producción de un consenso, referido en primer lugar al carácter sustantivo que presentan hoy en día las doctrinas dominantes. Frente al dato, de naturaleza técnica, antes señalado de la coexistencia en el mundo de una pluralidad de ordenamientos normativos y organizaciones jurisdiccionales, se centra la atención en otro, de carácter fáctico, constituido por las relaciones que no agotan su vida dentro de uno solo de esos ordenamientos u organizaciones. Dicho de otro modo, no es que los ordenamientos de dos o más Estados entren en conflicto respecto de determinadas relaciones jurídicas, sino que éstas se configuran, muchas veces, con elementos "pertenecientes" a distintos sistemas jurídicos y esto requiere una reglamentación especial. Un español domiciliado en Rosario (Argentina) que sufre un accidente de tránsito con su automóvil patentado en Argentina mientras realiza un viaje de turismo por Paraguay, al colisionar contra un vehículo patentado en Paraguay conducido por un paraguayo que puede no ser su propietario, da lugar a una relación jurídica de carácter privado cuyos elementos constitutivos (la nacionalidad y el domicilio de las personas intervinientes –conductores, propietarios, víctimas, entidades aseguradoras–, el lugar de patentamiento de los vehículos, el lugar de producción del hecho generador de responsabilidad extracontractual) pertenecen a distintos Estados, cada uno con sus jueces y sus normas sobre responsabilidad.

La posición sustancialista, que podría ser vista nada más que como un cambio de perspectiva, exterioriza otra actitud de fondo a la vez que genera importantes consecuencias. La actitud estriba en la preocupación (casi diríamos, la reivindicación) por independizar el aspecto científico de la evidencia ontológica de las normas (Álvarez González). Es como si se dijera: idealmente, todavía no hay normas y de lo que se trata es de

vislumbrar cuál es la porción de la realidad social que compete al DIPr. Incluso, en el mismo contexto, el mencionado consenso puede tomarse como la confirmación de una idea definida de la ciencia del DIPr, dibujada ahora con unos contornos más nítidos y emancipada definitivamente del derecho internacional público (Rigaux).

El mérito de esta aproximación al objeto del DIPr consiste en que brinda el material para desbaratar los efectos de las teorías opuestas que indicamos más arriba. Concretamente, al basarse en la relación jurídica privada espacialmente dispersa o heterogénea, la concepción sustancialista identifica como función del DIPr la de resolver "totalmente" tal discontinuidad, partiendo de la consideración del particular conflicto de intereses que dichas relaciones comportan (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). En consecuencia, la eminente funcionalidad de las doctrinas sustancialistas permite –aun cuando éstas no obliguen a ello– estructurar un contenido del DIPr donde la dimensión judicial ocupe un lugar primordial por derecho propio, ubicación que constituye uno de los elementos distintivos del DIPr contemporáneo ya que no es exagerado afirmar que el DIPr actual se centra esencialmente en su dimensión judicial (Jayme).

2. La situación privada internacional

5. En segundo término puede hablarse también de la progresiva formación de un consenso respecto a cuál es el objeto concreto que se extrae de la aproximación sustancial: la situación privada internacional, o sea, esa relación jurídica de carácter privado cuyos elementos están vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos u organizaciones jurisdiccionales. Es verdad que dichas relaciones son en realidad muy distintas entre sí, pero esto no puede erigirse en un obstáculo para la formación del consenso propugnado. También los animales presentan características muy diversas y a nadie se le ocurre dudar de qué constituyen el objeto de una ciencia llamada zoología. Lo trascendente es que todas las relaciones consideradas tengan un denominador común que las diferencie de las demás relaciones jurídicas de derecho privado. Si hubiera un solo tipo posible de situaciones privadas internacionales, si el "grado de heterogeneidad" (Álvarez González) fuese único y constante, la ciencia

del DIPr, además de aburrida, no hubiera llegado hasta aquí y no tendría muchas perspectivas de evolución.

Dicho objeto es perfectamente "aislable" idealmente, siempre que el discurso se mantenga en el ámbito de la reflexión científica, sin contaminarse con el ingrediente particularista que se introduce al observar el problema desde un sistema jurídico determinado. Sin embargo los problemas aparecen desde el principio, al admitirse unánimemente que el denominador común es la presencia de (al menos) un elemento extranjero en la relación jurídica, produciendo desde ese momento una enorme mancha de relatividad sobre el lienzo de la cuestión tratada.

Si en vez de tomarse en cuenta un dato material –el elemento– se fijara la atención en una característica –la heterogeneidad, la dispersión de los elementos– el desarrollo sería distinto. Mientras que la determinación de la extranjería del elemento nos sitúa compulsivamente en un ordenamiento porque sólo se puede ser extranjero respecto de un ordenamiento determinado –ya que no existe la extranjería absoluta (Lalive)–, la heterogeneidad se puede ver "desde afuera". En este sentido –y sólo en éste– resulta válida la afirmación de W. Goldschmidt: "la ciencia capta la realidad de manera lógica y neutral"; al jurista también le cabe la obligación de aplicar "su" ciencia poniéndose al servicio del operador jurídico, tarea que desempeña en un marco geográfico determinado condicionado por elementos de muy diversa índole, entre ellos los puramente normativos –legislativos y decisorios–. Así se logra mantener claramente el deslinde entre la perspectiva científica y la positivista (esta última, entendida en un sentido muy amplio que no se agota con la referencia a un sistema estatal, típica de la aproximación normativista).

6. El argumento de la separación de ambas perspectivas (González Campos) es el que permitió romper con la idea según la cual para que una relación cupiera en el objeto del DIPr era necesario que el elemento extranjero fuera "relevante". La ruptura se produce porque el elemento de extranjería debe ser para quien lo trabaja, el legislador, quien decide, en función de diversos parámetros, la importancia que le concede al mismo a la hora de proceder a la reglamentación de las relaciones de DIPr. Incluso en varias de las modernas codificaciones estatales de DIPr aparece una mención expresa a la vinculación con el extranjero, en cuanto crite-

rio delimitador del ámbito de aplicación de las normas del sistema de DIPr codificado (arts. 1 Ley federal austríaca de DIPr, 3.1° Ley de introducción al Código Civil alemán, 1.2° Ley rumana de DIPr –esta última se refiere expresamente a relaciones "que incluyan un elemento de extranjería"–).

Llegados a este punto, debe admitirse que el hecho de que una relación jurídica quede comprendida dentro del sector de la realidad social que ha sido "aislado" en cuanto objeto del DIPr, no traiga siempre como consecuencia que aquélla quede regulada por normas propias del DIPr, provoca cierta "relatividad" en el discurso. Pero en este caso se trata de un núcleo, acaso inexpugnable, de relatividad (consustancial al DIPr, según Sixto Sánchez Lorenzo), mientras que de la otra manera el relativismo anega toda la especulación. Así, una señora alemana domiciliada en Montevideo que contrae matrimonio en dicha ciudad con un vecino suyo de nacionalidad uruguaya, establece una típica relación de DIPr, por más que para el legislador uruguayo la nacionalidad extranjera de uno de los contrayentes / cónyuges no constituya un dato relevante a la hora de determinar el derecho aplicable a la celebración, a los efectos y a la eventual disolución del matrimonio.

Precisamente –hablando de relatividad–, si en lugar de partir del elemento extranjero nos centramos en la heterogeneidad de la relación jurídica, el mismo argumento (la dualidad de perspectivas) nos permite dejar también aparcado el tan traído y llevado problema de la relatividad de dicho elemento. De allí que una relación jurídica (por ejemplo, un contrato) cuyos elementos "pertenecen" todos al mismo ordenamiento, es ajena al objeto del DIPr, independientemente del punto de vista que adopte el estudioso para observarla. Ahora bien, por idéntica lógica, si las partes de esa relación contractual deciden someterse a los tribunales de un Estado diferente a aquél con cuyo ordenamiento se vinculan todos los elementos del contrato, o se produce una modificación subjetiva u objetiva que provoca la dispersión del mismo, se configura claramente un caso de DIPr. Las soluciones elaboradas por los legisladores de cualquiera de los ordenamientos implicados y las que finalmente resulten de la eventual intervención de sus respectivas autoridades judiciales, sí evaluarán la relevancia y la relatividad de los elementos extranjeros (extranjeros, respecto de cada uno de ellos), y la consiguiente proximidad o aje-

nidad del supuesto, pero eso comporta una instancia diferente, que no debe confundirse con la determinación del objeto de la disciplina.

III. Contenido del DIPr

1. Contenido y objeto del DIPr

7. No es ocioso insistir en que, en definitiva, lo verdaderamente importante es que la concepción asumida sea rigurosa desde el punto de vista argumental y que las demás piezas de la construcción teórica encajen entre sí y resistan los embates de los supuestos prácticos. Sobre la base de esa idea, es preciso distinguir claramente dos cuestiones que, a pesar de estar íntimamente ligadas, tienen un alcance bien distinto. En efecto, mientras que la consideración de las situaciones privadas internacionales como objeto del DIPr condiciona la determinación del contenido, la heterogeneidad que las caracteriza despliega una notable influencia sobre la definición y aplicación de las técnicas específicas de reglamentación (Álvarez González, Espinar Vicente).

Para decirlo de otro modo, el distinto grado de heterogeneidad que presentan las relaciones que constituyen el objeto del DIPr no condiciona en absoluto la respuesta a la pregunta ¿qué materias componen el contenido del DIPr? Y esto es así porque la determinación del contenido también es una tarea exclusiva de los estudiosos (González Campos), a quienes les basta para llevarla a cabo con analizar la aptitud de una serie de materias para atacar la reglamentación jurídica del sector de la realidad identificado como necesitado de un tratamiento diferenciado. Para aquéllos, la heterogeneidad es un problema implícito, abstracto si se quiere. El legislador, en cambio, no se puede limitar a detectar la heterogeneidad de los supuestos sino que está obligado a elaborar respuestas versátiles que tengan en cuenta, tanto como sea posible, que esa característica se va a presentar con muy diversos ropajes. Al final del camino, el único que se enfrenta en la realidad con la *heterogénea heterogeneidad* de la situación privada internacional es el aplicador del derecho, a quien le toca el difícil papel de maniobrar con las respuestas pergeñadas *ex ante* por el legislador para solucionar con justicia los casos concretos.

Sólo a partir de la aclaración anterior, puede elegirse entre las concepciones en presencia acerca del contenido del DIPr, entendido éste como corolario lógico de la posición asumida respecto del objeto (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Para ello deben tomarse como referencia dos parámetros básicos: de un lado, la función asignada al DIPr acorde con la aproximación sustancialista, y, de otro, la correspondencia de las materias consideradas con los adjetivos "privada" e "internacional" que acompañan al sustantivo "situación".

2. Depuración del contenido

8. Según el primer parámetro indicado, el contenido tiene que abarcar todas las materias que permitan al DIPr desplegar su función básica y esencial, que no es otra que la de brindar las herramientas para poder resolver cabalmente de la manera más sencilla posible *todas* las cuestiones que se suscitan en torno a la situación privada internacional. Es en este sentido que se habla de una concepción funcional del objeto, por oposición a la concepción normativista antes descrita. Una situación privada internacional puede dar lugar a muchas cuestiones, bien diferentes entre sí aunque conectadas unas con otras. La determinación de las normas que se aplican al fondo de la situación planteada puede no ser la única cuestión. En el caso que la situación resulte problemática o controvertida será necesario saber qué personas u órganos podrán ser llamados a resolverla y cómo lo harán. El proceso que se siga ha de tener seguramente particularidades respecto de un supuesto meramente interno, ya que es posible que se necesite la cooperación de autoridades de otros Estados para, por ejemplo, realizar notificaciones o sustanciar pruebas en ellos. Y es probable, además, que la decisión adoptada como resultado de ese proceso precise también de la cooperación de autoridades extranjeras para ser efectiva. Todas las materias o sectores que tratan cada una de estas cuestiones debe formar parte del contenido.

9. El segundo parámetro lleva, en primer lugar, a eliminar del catálogo de materias del DIPr, aquellas que se refieren a relaciones en las cuales intervienen sujetos de derecho público en su esfera propia de actividad

(von Overbeck). Así, se caen de la lista materias tales como el derecho penal internacional, el derecho fiscal internacional, el derecho administrativo internacional o el derecho de la seguridad social internacional. Tales materias sólo pueden encajar bien en el contenido del DIPr si se parte de una aproximación normativista del objeto (también denominada, justamente, publicista), ya que, utilizando el mismo criterio, no puede dudarse de que las normas correspondientes a ellas también son susceptibles de "entrar en colisión" y que, por lo tanto, debe determinarse el ámbito espacial de vigencia de las mismas. En cambio, si el Estado u otros entes de derecho público participan en el ámbito propio de los particulares, las relaciones jurídicas que protagonizan entran en principio en el DIPr.

También se excluyen el derecho de la nacionalidad y el derecho de la extranjería, aunque aquí la cuestión recibe ciertas matizaciones basadas en que la frontera entre lo público y lo privado está más difuminada, especialmente si se piensa en los casos concretos, por diversas razones entre las cuales las de carácter histórico tienen un peso muy significativo (Audit). De hecho, la doctrina de muchos países ha permanecido fiel a una concepción amplia del contenido en la cual participan estas dos materias junto a los "conflictos de leyes" y los "conflictos de jurisdicciones", lo que se denomina "DIPr *lato sensu*" (Vallindas). Las razones esgrimidas para la inclusión han ido desde la famosa necesidad de dar una "respuesta de conjunto" (Batiffol / Lagarde), hasta la existencia de "ciertos datos comunes" a todas las materias y la constatación de que ellas "han evolucionado legislativamente en el mismo sentido, bajo la presión de los mismos sucesos" (Loussouarn / Bourel), pasando por la argumentación histórica y, para la nacionalidad, por su importancia como punto de conexión en algunos sistemas como los de Europa continental (Calvo Caravaca). No obstante, no caben dudas de que en la relación esencial reglamentada por cada una de estas dos materias el Estado aparece con su poder de imperio y que para darles cabida dentro del contenido es necesario referirse a un objeto menos definido, como el "tráfico jurídico externo" o el "tráfico privado internacional" (González Campos).

El argumento de que en muchos países la nacionalidad sigue siendo un factor clave para determinar el derecho aplicable a una relación jurídica (no en los del MERCOSUR, desde luego) no alcanza para justificar la inclusión del derecho de la nacionalidad, como materia, dentro del

DIPr; ni siquiera en esos países. Téngase en cuenta que el contenido de dicha materia en sí es eminentemente de derecho público (*constitucional, administrativo*), ya que las relaciones jurídicas de las que se ocupa son relaciones entre el Estado como ente típico de derecho público y los particulares, ocupándose de cuestiones para nada privatistas, tales como las condiciones para adquirir, perder o recuperar la nacionalidad. No muy distinto es lo que debe decirse respecto a la extranjería, centrada en los requisitos que fija un Estado para el ingreso, permanencia, acceso al mercado laboral, expulsión, etc., de los no-nacionales.

Todo esto no impide, lógicamente, que desde una perspectiva académica docente sea conveniente exponer determinados aspectos relacionados con ambas materias que son prácticamente inescindibles de las cuestiones de DIPr, al socaire de la explicación de estas últimas. Así, cuando se explican las características del proceso judicial en un caso de DIPr puede hacerse necesario poner de relieve los distintos derechos de los que gozan según algunas normativas vigentes. Pero claro que eso dista mucho de desarrollar totalmente tales materias. Además, las normas sobre derechos humanos presentan una clara tendencia a borrar esas diferencias (discriminaciones) y, aunque existen resistencias y retrocesos, es sumamente deseable que llegue un día en que las mismas desaparezcan. Precisamente, todo lo relativo a los derechos de los no-nacionales cabe perfectamente en la materia derechos humanos, cuya incorporación a los planes de estudios debería propugnarse. Cabe acotar que en el ámbito de las relaciones intramercosureñas la caución de arraigo ha sido eliminada por el Protocolo de Las Leñas de 1992 y que la jurisprudencia ha dado muestras de un tratamiento más bien restrictivo respecto de los ámbitos donde aún subsiste (ver, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Plenkovich*, de 3 de abril de 2001).

10. A su turno, el carácter internacional de la situación objeto del DIPr plantea un problema diferente al anterior. Este tiene que ver con la procedencia de incluir en el contenido otras materias referidas a relaciones jurídicas que también adolecen de cierta "discontinuidad", pero en un sentido distinto del que se obtiene de tomar como referencia a los ordenamientos estatales. Específicamente, desde una vertiente diferente a la que se presenta en este trabajo, se habla de derecho conflictual espa-

cial (con conflictos interlocales, interprovinciales o interregionales), personal, temporal, jerárquico y material (Kegel), relacionados todos –de distinta manera– con la determinación de la esfera de vigencia de los "sistemas" en contradicción.

En la literatura de DIPr es común usar, con cierta promiscuidad –como lo estamos haciendo nosotros–, los calificativos "internacional" y "heterogénea", dando implícitamente por sentado que la heterogeneidad predicada de las relaciones jurídicas objeto del DIPr viene señalada por la vinculación de éstas con dos o más Estados soberanos. Ahora bien, no es muy fácil poner en duda que si los elementos de una relación jurídica se hallan conectados a distintos sistemas de derecho material, dotan a ésta de heterogeneidad. Reconocer que la misma sólo afecta a un sector del DIPr (como en algunos países federales o descentralizados, respecto del sector del derecho aplicable), sirve pura y exclusivamente para indicar su carácter parcial. Es verdad que la pluralidad tomada como uno de los presupuestos de la existencia del DIPr es de ordenamientos normativos y de organizaciones judiciales; pero de allí a exigir que la discontinuidad de cada caso concreto tenga que afectar a ambos hay un largo trecho.

En países como Estados Unidos y Canadá, por ejemplo, la materia (generalmente conocida como *conflict of laws*, *conflicts law* o, simplemente, *conflicts*) se ocupa tanto de las relaciones interestatales (interprovinciales) como de las internacionales, y por cierto más de las primeras que de las segundas. Incluso, cabe llamar la atención sobre un dato: la reciente evolución del DIPr comunitario europeo, con el reconocimiento de la competencia legislativa de la Comunidad en esta materia (art. 65 TCE) operada por el Tratado de Amsterdam, ha sentado las bases para que el DIPr "intracomunitario" se asemeje cada vez más al DIPr interestatal norteamericano (Basedow, Jayme / Kohler). Todo esto nos lleva a tener que aclarar que seguimos usando la expresión "situación privada *internacional*" porque se compadece mejor con la terminología habitualmente utilizada para designar la materia. Pero, como se desprende de lo anterior, es evidente que el adjetivo *heterogénea* encaja mucho mejor en la definición del objeto y que el "derecho *interlocal* privado" forma parte insoslayable del DIPr. Otra cosa bien distinta es que algunas de las "materias" generadas por la heterogeneidad se excluyan del contenido del DIPr por otros motivos, en general, por su más que relativa impor-

tancia. En lo que hace referencia a los "conflictos interpersonales", sin embargo, el debate debería replantearse en muchos lugares del mundo a la luz de la progresiva formación de una sociedad multicultural al influjo de la inmigración, lo que va generando la necesidad de elaborar técnicas jurídicas que faciliten la convivencia de valores sobre la base del respeto a la identidad cultural (Jayme).

Por nuestra parte, no sólo nos rendimos ante la evidencia de que los presupuestos del derecho interlocal privado se den de distinta manera y de que no exista pluralidad de jurisdicciones, sino también a la que presenta en ciertos países un ámbito material limitado para el mismo (como en el caso español, donde las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas en que está dividido el Estado, sólo alcanza a determinados aspectos del derecho privado). Pero creemos que, en dicho contexto, el origen constitucional de la competencia legislativa de las entidades descentralizadas y la consiguiente "limitación" de las potestades de ellas son irrelevantes en orden a borrar la heterogeneidad (parcial o relativa) de las situaciones ni la necesidad de solucionarlas. Es preciso tener en cuenta, además, que el derecho interlocal privado no afecta exclusivamente a los Estados plurilegislativos sino que también puede repercutir en Estados *homogéneos* por el hecho de que una relación jurídica tenga elementos pertenecientes a ambos. Finalmente, el argumento que se refiere a la utilización de las mismas técnicas en el DIPr y en el derecho interlocal privado como justificante de la inclusión de éste en aquél (Borrás) no parece baladí, sobre todo si se mide su peso en el ámbito docente de la cuestión.

11. ¿Qué queda entonces dentro del DIPr una vez efectuada la depuración? Quedan las materias que, en su conjunto, sirven para solucionar los problemas sustanciales y procesales que se suscitan en torno a la situación privada internacional (Lagarde). Para los primeros se organiza la materia o sector del DIPr "derecho aplicable", heredera sólo en parte de aquélla llamada "conflictos de leyes". Los segundos se han venido regulando desde antaño mediante otra denominada "conflictos de jurisdicciones" –terminología muy común en la doctrina francesa– o, con mayor propiedad, "derecho procesal civil internacional" –habitual en la doctrina alemana y de amplia aceptación en otros países–. Aquí se comprenden

la determinación de la competencia judicial internacional, el reconocimiento de actos y decisiones, el tratamiento del proceso civil heterogéneo y la asistencia judicial internacional. Es decir que, con un nombre o con otro, lo cierto es que los problemas "procesales" de los cuales se ocupa este sector del DIPr son tan diferentes entre sí que algunos ni siquiera revisten tal carácter. Es lo que sucede, señaladamente, con el reconocimiento de determinados actos, cuestión que encaja mejor en el sector del derecho aplicable.

Sin embargo, no es ese el argumento decisivo que ha llevado a algunos autores a conceder autonomía –obviamente dentro del DIPr– al sector del "reconocimiento" (Mayer). La cuestión de fondo radica para ellos en "la distinta forma en que se suscita el conflicto de intereses", especialmente cuando se trata del reconocimiento de decisiones adoptadas por autoridades extranjeras: mientras que en el derecho aplicable y la competencia judicial internacional el conflicto de intereses privados se plantea alrededor de un auténtico problema que hay que resolver, en el reconocimiento tal conflicto se refiere a una situación privada internacional ya sancionada (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Si además se piensa que los mecanismos utilizados por el sector de la competencia y el del reconocimiento son diferentes y que, sobre todo, el "auge de la cooperación" impacta decisivamente en éste, siendo en cambio sólo un elemento más en aquél, los postulados del tratamiento separado (mejor que la autonomía) del reconocimiento resultan convincentes. A la postre, algunos aspectos del sector lo acercan más al derecho aplicable que a la competencia judicial internacional (Audit) y otros lo alejan por igual de ambos.

El problema remanente es que a la construcción le sobran unos flecos que le restan prolijidad. En efecto, si el reconocimiento y la competencia ganan autonomía en desmedro de la existencia de un derecho procesal civil internacional omnicomprensivo de las cuestiones de esta índole, los demás "problemas procesales que se plantean en torno a la situación privada internacional" quedan a la deriva. Es evidente que no pertenecen en términos concretos a ninguno de los dos sectores emancipados. De otra parte, la carencia de un elemento común diferenciador entre cuestiones tan dispares como, por ejemplo, el derecho aplicable al proceso, las posibilidades de extender el beneficio de la justicia gratuita a

quien no posea vinculación con el foro o los medios con que cuentan las autoridades judiciales para obtener pruebas fuera de su jurisdicción, dificulta enormemente la tarea de configurar un cuarto sector homogéneo y con cierta entidad. De ahí que la idea de un contenido donde subsistan las dos categorías conocidas (derecho aplicable y derecho procesal civil internacional) nos parezca, desde una perspectiva de deslinde científico, *menos insatisfactoria* que la otra. Esto no impide que a la hora de explicar el DIPr pueda dar mejores resultados descuartizar concienzudamente el pretendido derecho procesal civil internacional, otorgando tratamiento separado a cada una de sus partes. Así, en este libro, además de la jurisdicción y el reconocimiento (secciones II y V de la Parte general) incluimos una sección IV titulada "Problemas del proceso 'internacional' y cooperación jurídica internacional".

3. Organización del contenido: alcance de la Parte general

12. Realizada la presentación de unas "materias" concretas como componentes del contenido del DIPr, se plantea la cuestión de saber cómo se organiza éste, si es que resulta posible intentar alguna organización. Nos referimos a las posibilidades que existen de, al igual que sucede con otras ramas del saber jurídico, pensar una Parte general comprensiva de un conjunto de problemas generales que haga las veces de andamiaje estructural válido y aplicable para toda la disciplina (Maury). Históricamente, los intentos de construcción de una Parte general del DIPr pueden verse de alguna manera como la búsqueda dentro del plano científico de una autonomía que no tenía en el plano legislativo (Oppetit). Pero además en el discurso se entromete una tercera dimensión, la docente, que es muy importante tener en cuenta.

Globalmente, la idea se desenvuelve a la par que se mantiene la vigencia de una concepción netamente conflictualista (normativista) del DIPr, con la consecuente limitación del contenido al sector del derecho aplicable; la Parte general es en este sentido, con variaciones, un intento de sistematización de las cuestiones que plantea la norma indirecta o norma de conflicto (ver Cap. 6), como norma clásica de ese DIPr "unidimensional". Su excesivo carácter teórico –además de la futilidad

de muchos de sus desarrollos– ha generado tan despiadadas como justas críticas (Juenger), aunque también férreas defensas (Dolinger). Desde sus primeras postulaciones, la Parte general fue acogiendo en su seno distintos contenidos, pero siempre definidos por su relación con la norma de conflicto. Sirve para comprobar esta afirmación tomar en consideración cualquier esquema tradicional donde podrá verse, por lo general, el tratamiento de una temática que discurre entre la naturaleza del conflicto de leyes, los desarrollos doctrinales, el análisis de la estructura y la aplicación de la norma de conflicto y la teoría de las fuentes (Aguilar Navarro). Por ejemplo, en el ámbito americano, el *Informe Final* del *Segundo Seminario sobre la enseñanza del derecho internacional* organizado por la OEA (Bogotá, 1979) contiene una resolución según la cual la Parte general debe abarcar: objetivos, finalidad y métodos; fuentes; historia; la norma, su estructura y sus problemas; calificación; cuestión previa y adaptación; fraude a la ley; puntos de conexión; reenvío, aplicación y eficacia de la ley extranjera; orden público internacional. François Rigaux, por su parte, agrega a la lista de "problemas tradicionales" aquellos que conciernen a la estructura de las normas de DIPr, pero siempre dentro del sector del derecho aplicable: normas materiales, conexiones alternativas, subsidiarias y condicionales, normas de aplicación inmediata, etcétera.

Otras veces, y acaso más modernamente, la noción de Parte general tiene una comprensión ciertamente más restringida, haciendo referencia exclusivamente a los problemas que se producen en la aplicación de la norma de conflicto multilateral en sí misma considerada y, por conexión, los que aparecen con la aplicación del derecho material extranjero y del DIPr extranjero (Kegel, Goldschmidt, Dolinger). Esto no es óbice para que en la exposición de la asignatura DIPr, se sigan incluyendo en la Parte general los temas señalados en el párrafo anterior, que mal podrían ubicarse en la Parte especial, si para ésta se reserva la tarea de describir las materias en las que hallan aplicación aquellos problemas. Sería algo así como hablar de una Parte general restringida (aspecto científico) y otra ampliada (aspecto didáctico). Sin embargo, sin necesidad de violar esta concepción, algunos de los temas tratados en la última podrían incluirse en una especie de introducción, como de hecho hacen algunos autores.

13. La noción que se tenga acerca de la Parte general habrá de variar sustancialmente si se abandona una concepción estrictamente normativista del objeto del DIPr. De hecho, según Julio D. González Campos, los esfuerzos doctrinales por construir una "teoría general" del DIPr basada en la norma de conflicto multilateral y sus problemas de aplicación, constituyen la culminación de una de las consecuencias negativas de la influencia del pensamiento positivista en la disciplina: el apartamiento progresivo de la realidad social regulada por el DIPr con el consiguiente exceso de abstracción en el razonamiento. En particular habrá que tener en cuenta la interrelación necesaria que guarda esa elaboración con la delimitación del contenido de la disciplina, el que a su vez se ve condicionado por la definición que se haga del objeto. Objeto, contenido y posibilidades –o mejor, necesidad– de construir una Parte general, son conceptos que se implican entre sí y no pueden escindirse sin comprometer la solvencia lógica que debe mantener toda elucubración científica. De cualquier manera, no debe perderse de vista que teorizar acerca de la Parte general del DIPr es una tarea complicada, debido, de un lado, al grado de complejidad que entraña la triple dimensión de análisis señalada y, de otro, a la existencia de diferentes "niveles" de producción jurídica presente en la configuración de los sistemas (estatal, convencional, institucional).

Sobre la mezcla de ambos datos, cabe recordar la innegable trascendencia que tuvo la codificación del DIPr para todos los intentos de pergeñar una Parte general (Nolde). Es precisamente mediante la codificación que se va dando una regulación positiva a todos ellos y que va cobrando cuerpo la mentada "concepción restringida" de la Parte general. En el ámbito convencional la muestra emblemática es sin dudas la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II), que regula la aplicación del derecho extranjero, institución desconocida, recursos procesales, orden público, fraude a la ley, derechos adquiridos, cuestión preliminar y adaptación (Maekelt).

14. Pero si ahora se piensa en un DIPr abocado a la vez a solucionar los problemas sustanciales y procesales de las relaciones jurídicas privadas heterogéneas, los planteamientos cambian. Lo habitual viene siendo

incluir en la Parte general el desarrollo de las cuestiones de derecho aplicable y de derecho procesal civil internacional, precedidos de una introducción en la cual se vierten las definiciones fundamentales (objeto, contenido, proceso de codificación, historia). La Parte especial se destina a la aplicación de todo ello al derecho civil internacional y, sólo en algunos casos, al derecho comercial internacional (Boggiano). En la dimensión legislativa, puede observarse algo parecido en algunas codificaciones elaboradas mediante una ley especial.

Frente a este hábito, se han manifestado dudas acerca de que sea necesario elaborar una Parte general, basadas en su falta de adecuación respecto de una Parte especial que afecte por igual a todas las cuestiones de derecho privado (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la división sigue siendo defendible en términos generales, siempre que la Parte especial se reserve exclusivamente a dichas cuestiones de derecho privado. Si en lugar de incluir en ésta al derecho comercial internacional, se incluye un derecho del comercio internacional con acusados componentes publicistas, lógico es que las dudas entren en escena.

Se produce entonces una especie de dilema: si se incorpora a la Parte especial sólo el derecho comercial internacional, manteniendo la obligada coherencia con el carácter privado asignado a la relación jurídica objeto del DIPr, el resultado es en cierto modo artificial; en efecto, al dejar fuera –por su "publicismo"– aspectos esenciales y estrechamente ligados a los "privados", se propicia un tratamiento sesgado del comercio internacional y, en ese sentido, tal vez inapropiado para captar cabalmente su realidad. Si, en cambio, se quiere mantener la unidad del derecho del comercio internacional se cae fatalmente en su autonomía, ya que un derecho del comercio internacional "completo" no cabe en el DIPr; pero debe saberse que de este modo el DIPr se convierte en derecho internacional (exclusivamente) civil y que el derecho del comercio internacional será sólo relativamente autónomo porque no podrá prescindir de muchos elementos de la Parte general del DIPr. Nosotros hemos asumido el riesgo de incluir las cuestiones "privadas" del derecho del comercio internacional en este libro de DIPr, tratamiento que nos resulta inevitable mientras su autonomía no se consolide en nuestros países.

IV. Fenómenos condicionantes del DIPr actual

1. Globalización

15. Antes de señalar cómo condiciona al DIPr, resulta fundamental saber a ciencia cierta cuáles son los elementos que componen esa situación tantas veces caracterizada, desde las más variadas perspectivas y con las finalidades más diversas, como globalización. El primer paso que hay que dar para introducirse por ese camino consiste, entonces, en reconocer el carácter real del fenómeno y diferenciarlo de la vestimenta ideológica con la cual se lo ha adornado posteriormente y que muchas veces se confunde con aquél. ¿Cuál es ese fenómeno real al que nos referimos? El que se produce principal aunque no exclusivamente por el auge de la dimensión transnacional del comercio, de los esquemas de organización productiva, de los mercados financieros y de los flujos de inversión, a lo que se corresponde el declive de la dimensión nacional de los mismos y la pérdida de influencia de los ámbitos de decisión y de regulación estatales. Nadie sensatamente puede negar la existencia de este fenómeno o conjunto de fenómenos que ha ocupado el centro del debate de las ciencias sociales en la última década. Lo que sí es materia para la discusión es el alcance y las características que tiene y que debería tener la globalización y, sobre todo, el carácter pretendidamente irreversible de algunas de sus consecuencias. Y esto es discutible porque no forma parte de los datos innegables que brinda la realidad, sino del andamiaje intelectual pergeñado después del surgimiento de la fase actual de la globalización –sobre fines de la década de 1980– con el objetivo de justificar y aun de potenciar algunas de sus tendencias, más conocidas como "pensamiento único" o "neoliberalismo". Es precisamente en ese aparato ideológico donde se centran principalmente las críticas del polifacético movimiento que reclama una globalización alternativa y que es deliberadamente mal llamado "antiglobalización". Este movimiento ha generado un debate que no sólo ha logrado poner sobre el tapete cuestiones hasta hace poco intocables (como las relativas a las patentes farmacéuticas, los paraísos fiscales, el secreto bancario, el carácter autónomo de los bancos centrales, etc.), sino que además ha hecho que prominentes actores de la globalización eminentemente financiera –como es

el caso de Joseph E. Stiglitz– aparezcan ahora criticando duramente el accionar de instituciones centrales de dicho modelo (Estefanía).

Es importante dejar aclarado que se habla de "fase actual de la globalización" con la deliberada intención de subrayar que, pese a lo que a veces se pretende hacer creer, el interés de consolidar la dimensión transnacional de la economía no es nada nuevo. Por el contrario, como bien ha dicho Osvaldo Martínez, "todos los capítulos de la modernidad son capítulos de la globalización". Hay quien incluso retrotrae el inicio de la tendencia hasta mucho más allá del inicio de la era moderna y de la expansión del sistema capitalista. Por mi parte, creo que es difícil no admitir que cuando las potencias europeas comenzaron a secuestrar seres humanos en el continente africano para traerlos a la explotación brutal de los campos de algodón norteamericanos o de la caña de azúcar caribeña y sudamericana, estaban actuando, acaso sin saberlo, dentro de esa dimensión. Y lo mismo hacían Karl Marx y Friedrich Engels cuando, desde una perspectiva filosófico-política muy concreta, llamaban a los proletarios del mundo a unirse hace ya más de ciento cincuenta años. Y desde esa perspectiva se desarrolló, como se sabe, la idea de la vocación internacional del capital y se llamó la atención sobre los profundos cambios que se estaban produciendo con el acceso de la burguesía empresarial al poder. Algo que hoy resulta una verdad de Perogrullo.

Lo que es verdad es que la globalización versión cambio de milenio es un fenómeno cualitativa y cuantitativamente diferente a cualquiera que haya existido antes. Y esto es así, fundamentalmente, por el impacto que tiene sobre la internacionalización el desarrollo impresionante de las tecnologías aplicadas a la producción en serie, a los transportes, a las comunicaciones y a la informática. En efecto, al influjo de los avances tecnológicos, las cifras que ofrecen en la actualidad los intercambios comerciales, las inversiones o los movimientos especulativos de capital, son a menudo inmanejables, casi imposibles de aprehender. Hasta hace no muchos años se hablaba de algunas pocas empresas multinacionales muy concretas; hoy su número ha superado las 50.000. Los efectos que estas dimensiones despliegan sobre las estructuras de los Estados son también muy diferentes a los que se producían hasta hace pocos años. No sólo ha cambiado la realidad en sí de la sociedad internacional. También el contexto en el que esa realidad se desenvuelve ha sufrido profundas transformaciones.

En este contexto, Caterina García Segura ha logrado resumir muy bien en unos pocos puntos las características esenciales de la globalización actual. De ellas, las que mejor definen a este fenómeno son:

– la tendencia a extenderse planetariamente;

– su alcance todavía parcial, ya que hay regiones, países y buena parte de la población del mundo que están todavía excluidos de la globalización, mientras que entre los países incluidos sus efectos no han sido totalmente homogéneos;

– su estabilidad en el tiempo, en el sentido de que el proceso no había sufrido retrocesos significativos, si se excluye el estrepitoso fracaso del Acuerdo multilateral de inversiones que prácticamente quitaba toda participación de los Estados en la regulación y orientación de las inversiones internacionales, hasta el baldazo de agua fría que significaron los episodios del 11 de septiembre de 2001 (todavía es muy pronto para calibrar las consecuencias que podrán tener sobre la globalización en curso la recesión iniciada en el año 2001 en algunos países centrales –principalmente en Estados Unidos– y los "efectos colaterales" de la lucha contra el terrorismo global, aunque ya se dejan notar claramente en lo que respecta a la libre circulación de personas);

– su carácter predominantemente económico-financiero, aunque sus consecuencias se manifiestan cada vez más en ámbitos tales como la cultura o el derecho;

– la preeminencia de los actores transnacionales y la consiguiente limitación del papel de los actores estatales, los cuales, sin embargo, siguen manteniendo un margen importante –y, agregaría, indispensable– de acción;

– y, por último, su incapacidad para homogeneizar totalmente la diversidad cultural, político-institucional y de valores existentes en el mundo contemporáneo.

Pero existen todavía más elementos ciertamente característicos de esta globalización real que nos toca vivir. Piénsese, por ejemplo, en la uniformidad de las reglas que gobiernan los intercambios comerciales internacionales, especialmente a partir de la aceptación casi universal de la OMC y de su autoridad para dirimir las controversias que se suscitan entre los Estados en el marco de dichos intercambios. O en la presencia ubicua de las directrices trazadas desde el FMI y el Banco Mundial en la de-

finición de las políticas económicas de la gran mayoría de los Estados, como es el caso de los latinoamericanos, con unas recetas irrealizables de nefastos resultados (Stiglitz). Es preciso tener en cuenta también que si se admite que dentro de la fundamental perspectiva económica de la globalización pueden distinguirse tres dimensiones básicas, a saber: la productiva, la comercial y la financiera, parece bastante claro que la tercera es la que ocupa el centro de la escena, toda vez que es ella la que con mayor fuerza caracteriza al fenómeno en estudio. Este dato es especialmente relevante a poco que se observe la desvinculación cada vez mayor entre la economía real y los mercados financieros.

Frente a todo lo anterior, es justo reparar también en actitudes claramente positivas que trae aparejada la existencia de un modo de pensar global y que pueden enmarcarse dentro de lo que ha dado en llamarse *glocalización*, esto es, pensar globalmente y actuar localmente. Nos referimos a los avances que se han producido en ámbitos tales como la ecología o los derechos humanos, en los cuales la conciencia de la dimensión universal de determinadas cuestiones ha comenzado a erosionar viejos principios que sobrevivían más por la fuerza de determinados intereses que por su solvencia ética y racional. Sin ir más lejos "la preferencia ascendente por la democracia" a la que se refiere Robert Cox es, con todos los matices necesarios, un dato indudablemente positivo de este cambio de milenio (García Segura).

16. Todos los fenómenos que acabamos de mencionar inciden directa o indirectamente sobre el DIPr, tanto sobre el objeto como sobre el contenido. Es indudable que, en general, han contribuido a multiplicar y diversificar las relaciones jurídicas de DIPr. Así, por ejemplo, la masiva presencia de empresas extranjeras en los países del MERCOSUR, en una medida muy considerable impulsada por la privatización del sector público de cada uno de ellos –que es uno de los fenómenos que ha traído aparejado, más que la globalización, el pensamiento único–, ha generado un sinnúmero de situaciones privadas internacionales. En un contexto más amplio, los compromisos asumidos por los Estados en el marco de organismos tales como la OMC, al mismo tiempo que entronizan el libre comercio y, por lo tanto, aumentan exponencialmente las posibilidades de realizar todo tipo de operaciones comerciales interna-

cionales, imponen para ellos una serie de restricciones que a la larga repercuten sobre los particulares.

Los avances tecnológicos en materia informática están impactando también de un modo extraordinario sobre las soluciones de DIPr para algunas materias –como los contratos y la responsabilidad extracontractual– incluso sobre las más comúnmente aceptadas de aquéllas (Kessedjian, Calvo Caravaca / Carrascosa). Así, por ejemplo, una solución ampliamente recibida en el derecho comparado en materia contractual, es la de proteger al consumidor mediante la limitación o prohibición de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumidores, por un lado, y mediante la determinación de la jurisdicción de los jueces y de la aplicación del derecho del país del domicilio o de la residencia habitual del consumidor, por otro lado. Así se prevé en el sistema de DIPr vigente en la UE, en los sistemas estatales de países europeos comunitarios y no comunitarios y, para hablar de algo más cercano, en el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996.

Sin embargo, la multiplicación exponencial de contratos internacionales "en la red", lleva a preguntarse legítimamente si esa solución que aparece como tan justa y lógica en contratos de consumo en general, puede resultar también aplicable a la contratación a través de Internet. Téngase en cuenta que, de admitirse la solución general, la oferta de productos y servicios por medio de la red quedaría limitada sólo a las grandes empresas, que serían las que están en condiciones de organizar una adecuada previsión de eventuales pleitos contra ellas en cualquier país del mundo (cualquier país donde haya una computadora conectada a la red y una persona con deseos de consumir), bajo las reglas de ese país. Erik Jayme es uno de los que más claramente ha planteado esta nueva situación que, según él, es uno de los síntomas que marcan la transición del DIPr desde la postmodernidad al futurismo. Ahora bien, existen al menos dos posibilidades para evitar este tipo de situaciones: una consiste en evitar, mediante un artilugio técnico, que el sitio en la red del proveedor de bienes o servicios esté operativo en aquellos países en los cuales él no quiere verse potencialmente demandado (Palao Moreno); otra, más ambiciosa, es alcanzar algún tipo de reglamentación material especial que sea generalmente aceptada (Juenger).

17. Desde otra perspectiva, es muy importante subrayar que, tal como se ha venido señalando desde la escuela del pensamiento crítico, el Estado sigue siendo un participante activo de la economía política global. Susan Strange ha puesto de relieve que si bien es cierto que el Estado ha perdido el control sobre determinadas dinámicas globales que son controladas por otros actores (como es el caso de las grandes empresas multinacionales) y que la necesidad de defender su seguridad económica le lleva a luchar por situarse favorablemente en el mercado global, la situación actual es fruto de una serie de decisiones estatales (García Segura). No es para nada antojadizo afirmar que los que deciden en primera y última instancia en el seno de organismos tales como la OMC, el FMI o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), son los países del Grupo de los Siete (o Grupo de los Ocho si sumamos a Rusia). Parece claro que, aun cuando todos los Estados, grandes y pequeños, estén sufriendo profundas transformaciones y sus funciones y capacidades se vean reformuladas, sigue siendo indudable que todos tienen un ámbito propio de decisión, individual o colectivo cuando actúan asociados o integrados. Además, a partir del 11 de septiembre de 2001, parece que algunos han redescubierto la fuerza de lo público y recurren al Estado (o al súper Estado europeo) para arreglar las cuentas de compañías o sectores en crisis.

En este punto debe recordarse que los países latinoamericanos siguieron unas recetas preconizadas pero nunca cumplidas por los países poderosos del planeta. No es difícil ver que los mismos que dan lecciones de apertura seguidas a pies juntillas en América Latina, son los que ponen toda clase de trabas al ingreso de nuestros productos, tanto primarios como manufacturados. Y algo similar ha sucedido respecto de la aparentemente indispensable reducción del papel del Estado en todo lo referido a infraestructuras, investigación científica, educación, salud o programas sociales. Por eso nos animamos a decir que, pese a que la situación internacional traza evidentemente límites al poder decisorio real de los Estados, especialmente de los que no han alcanzado un nivel de desarrollo significativo, pese a que el FMI, la OMC, las multinacionales, etc., constituyen una realidad innegable, son los Gobiernos nacionales los que en última instancia eligen e implementan las medidas concretas que regulan la vida en cada Estado. A ellos les incumbe impulsar no sólo las políticas

sino también la elaboración de las normas estatales (entre ellas las de DIPr), la incorporación o no a determinadas convenciones internacionales (con normas de DIPr) y la participación o no en procesos de integración (que elaboran normas de DIPr). Ninguna de esas actividades es ni puede ser neutral. Y de cómo se orienten dependen en gran medida los efectos concretos que los fenómenos que trae aparejados la globalización están teniendo y van a tener en el futuro sobre los Estados.

2. Integración económica y política

18. Nadie, ni el más escéptico anti-integracionista, se anima a negar ya el enorme impacto que han tenido los procesos de integración económica y política sobre el DIPr. Mirado el DIPr desde la perspectiva de la configuración actual de los sistemas estatales que lo reglamentan, se advierten rápidamente diversos ingredientes de complejidad que es preciso destacar (ver Cap. 2.I.1) y, sin lugar a dudas, el que tiene más trascendencia por los cambios de fondo que trae aparejados es el que tiene que ver con la integración. El conjunto de normas estatales y convencionales vigentes en cada Estado no cubre la totalidad de las situaciones internacionales posibles, ya que asistimos a un proceso progresivo de diferenciación dentro del mismo, caracterizado por la segregación de una categoría de situaciones vinculadas con un espacio integrado (Desantes Real). Vale la pena insistir: entre todas las transformaciones que han obligado a una adecuación de los discursos explicativos acerca del DIPr, el fenómeno de la integración ocupa un lugar preponderante. Si el discurso "nacionalista" del DIPr tenía su punto de partida en la noción de soberanía legislativa, es lógico que deba ser actualizado a la luz, precisamente, de la competencia reconocida a los órganos de algunos sistemas de integración para elaborar normas de DIPr, ya sea mediante cesión de soberanía (caso europeo, supranacional) o sin ella (caso mercosureño, intergubernamental).

Lo cierto es que la existencia de un fenómeno de integración económica y política supranacional o intergubernamental, de partida, incide sobre los presupuestos del DIPr. Por un lado, la pluralidad de ordenamientos se mitiga por la presencia, siempre limitada, de normas comunes elaboradas por los órganos de integración; en el sistema comunitario europeo, ade-

más, este dato se refuerza por la vigencia de un auténtico ordenamiento común caracterizado por los principios de autonomía, eficacia directa y primacía, y por un sistema jurisdiccional que garantiza la interpretación uniforme y la solución de las controversias. Por otro lado, el "imperio" de las *libertades fundamentales de circulación* que se dan –bien que con ciertos límites y excepciones– en un espacio integrado, provoca que los supuestos heterogéneos (las relaciones jurídicas cuyos elementos se localizan en distintos Estados integrados) se multipliquen exponencialmente. O sea que mientras el primer presupuesto denota una suave tendencia a la baja, el segundo cotiza en los niveles más altos posibles.

19. Pero la integración no sólo repercute sobre los presupuestos; también puede generar la configuración de un espacio "comunitario", diferente del espacio interno y del puramente internacional, regido por sus propias normas y por unos principios característicos que en su conjunto pueden constituir un ordenamiento diferente. En la CE es una realidad y se le llama derecho comunitario; en el MERCOSUR lo que existe es un derecho de la integración que va, paulatinamente, cobrando perfiles propios, como se puede atisbar en los laudos arbitrales producidos hasta ahora (Noodt Taquela, Uriondo de Martinoli). La presencia y el desarrollo de ese nuevo ordenamiento –tanto mayor cuanto más se profundiza en carácter y más se amplía en contenido la integración– provoca dos consecuencias importantísimas para el DIPr: por una parte, los órganos de la integración tienen la posibilidad, dentro de los límites que cada proceso de integración fije, de elaborar normas para regular las relaciones de tráfico privado externo que pueden afectar tanto a los intercambios intracomunitarios como a los que vinculan a un Estado miembro con uno que no lo es (en la CE este rasgo es muy claro, ya que el DIPr comunitario afecta tanto a las relaciones intracomunitarias como a otras que no lo son –Jayme / Kohler–); por otra parte, las normas y, sobre todo, los principios de ese ordenamiento común trazan una serie de límites a la elaboración de normas de DIPr por los legisladores de los Estados miembros y al funcionamiento de los sistemas estatales de DIPr.

20. Lo que mencionamos aquí ha adquirido unas proporciones sorprendentes en la UE, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la re-

forma del Tratado constitutivo de la CE efectuada en Amsterdam en 1997 (en vigor desde el 1° de mayo de 1999). En efecto, en Europa se dieron –y de una manera paradigmática– todos los efectos de la integración que acabamos de mencionar: modificación de los presupuestos del DIPr, diferenciación de las situaciones privadas internacionales, límites y directrices comunitarios para los sistemas nacionales de DIPr y elaboración progresiva de un DIPr común. Ese DIPr común, que estaba constituido por convenciones intergubernamentales (y que, por lo tanto, no configuraba un DIPr comunitario *stricto sensu* sino un DIPr de ámbito comunitario, también llamado "DIPr *cuasi*comunitario"), empezó primero a conocer una tímida comunitarización sectorial a través de la inclusión de normas de DIPr en textos comunitarios de derecho material (sobre temas tan disímiles como seguros, marcas, contratos de utilización de inmuebles por tiempo compartido y otros referidos a consumidores), y está ahora mismo experimentando una nueva etapa absolutamente novedosa desde la comunitarización total del DIPr dispuesta por el Tratado de Amsterdam.

En efecto, este último introdujo una modificación verdaderamente revolucionaria en el art. 65 del Tratado de la CE. A partir de ese momento todo el DIPr (la norma mencionada se refiere a todos los sectores comprendidos en su contenido, es decir, jurisdicción internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y demás cuestiones incluidas en la cooperación judicial y extrajudicial internacional; el artículo también se refiere a "las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros") podrá ser regulado por normas de derecho comunitario derivado, es decir, el que elaboran los órganos comunitarios. De hecho, el 29 de mayo de 2000 se aprobaron tres reglamentos comunitarios (de aplicación directa en todos los países comunitarios a excepción de Dinamarca que cuenta con un *status* especial al respecto) sobre DIPr, relativos a jurisdicción internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de familia, a notificaciones y a procedimientos de insolvencia; el 22 de diciembre del mismo año se aprobó un reglamento sobre jurisdicción internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de derecho privado patrimonial, destinado a sustituir a la Convención de Bruselas de 1968, y el 28 de mayo de 2001 se aprobó un reglamento relativo a la obtención de pruebas

(y varios textos más se aprobarán en un futuro inmediato). De este modo ha comenzado a llevarse a cabo la anunciada "comunitarización" del DIPr europeo, que abre una serie de interrogantes acerca de la repercusión de dicho proceso en la actividad interna y externa de los países comunitarios.

21. Además de estos desarrollos europeos, y muchos otros, es bien sabido que la integración siempre fue también un *desideratum* americano. Todos los prohombres de la independencia bregaron por ella. Bolívar, San Martín, Artigas, O'Higgins, Martí y tantos otros, plantearon incansablemente, en los dichos y en los hechos, esta necesidad, la misma que se ha mantenido siempre, con momentos peores y mejores en el espíritu de los pueblos americanos. Pero lo que siempre fue un objetivo político de fondo se ha convertido, además, con la modificación del escenario mundial, en una imposición de la realidad. No es fruto de la casualidad ni de la moda que la última década del siglo XX haya estado marcada, en el continente americano, por el resurgir del ideal de la integración, aunque desarrollado por ahora a escala subregional. Hasta el país más poderoso de la tierra ha visto la necesidad de introducirse por este camino, mediante la creación de una zona de libre comercio profundizada con sus vecinos norteamericanos y el impulso de un proyecto continental de libre comercio cuyo lanzamiento está previsto para el año 2005. El Caribe, Centroamérica, el Norte y el Sur de Sudamérica, han visto resurgir con nuevo impulso y en un contexto bien diferente los procesos de integración económica entre los Estados.

La situación es bastante clara. Los Estados llamados centrales protegieron siempre el desarrollo y la fortaleza de los mercados nacionales. En algunos casos, actuando individualmente, en otros, como es el ejemplo europeo occidental, en conjunto, mediante el accionar de un organismo supranacional de integración. Para los Estados llamados periféricos la consolidación del mercado interno es prácticamente imposible en la actualidad. Pero tal imposibilidad tiene que tender a decrecer si estos Estados no actúan aisladamente sino en conjunto, constituyendo bloques de integración. Cuanto más fuerte y materialmente extendida sea dicha integración, mayores posibilidades de mantener un tejido productivo sólido y un mercado "interno" (interno del bloque) dinámico y

competitivo. Cuando decimos que los Estados están sufriendo profundas transformaciones, se hace referencia, entre otras cosas, a los cambios que se derivan de la participación de los mismos en procesos de integración. En este sentido, resulta primordial tener en cuenta que los Estados no reciben el impacto de la globalización en la misma medida ni con las mismas consecuencias y que las tendencias de la globalización no son ni universales ni homogéneas, del mismo modo que no son idénticos los Estados. Por lo tanto, no es del todo apropiado hablar de las estrategias de los Estados frente a la globalización en forma abstracta, planteando un discurso de validez universal, sino que se hace imprescindible descender hasta los últimos aspectos particulares, especialmente económicos y sociales, para definir qué es lo que le conviene en este momento a cada país en concreto o grupo de países con intereses comunes.

Cualquiera sea el modelo de integración que se elija y el grado de profundidad al que se quiera llegar, es evidente que la integración genera una igualación fronteras adentro y una diferenciación –podríamos decir incluso una discriminación– fronteras afuera. Precisamente por eso se hace tan importante no quedarse sólo en un escenario internacional como el actual. A los países del MERCOSUR, aisladamente considerados, les resulta muy difícil negociar por sí solos, por ejemplo, una mejora en las condiciones perjudiciales para la entrada de sus exportaciones en la CE. Tienen poco que ofrecer a cambio de una apertura del mercado europeo para sus productos. Pero actuando todos juntos, más los dos asociados, la situación no debería ser la misma. Por esa misma razón, la capacidad negociadora de los bloques subregionales de integración en el marco de la construcción del ALCA, estará en relación directa con la consolidación de sus mercados interiores: cuanto más fuertes, estables e integrados sean éstos, mayor capacidad negociadora y mejor situación comparativa en el resultado final del proceso. Para que estas no sean palabras huecas, en el marco del MERCOSUR se hace preciso modificar muchas actitudes, no sólo de parte de los gobiernos sino también de los operadores económicos. Al menos sería necesario acompañar las declamaciones de intenciones en este sentido con políticas claras y coherentes con dicho discurso.

Es por eso que es urgente e imprescindible generar un discurso tan coherente como solvente acerca de la integración. Un discurso que explote

al máximo, con mucha imaginación, las posibilidades reales de nuestra integración. No se trata –como hemos hecho en tantos campos– de copiar otros modelos, sino de encontrar el más apropiado para nuestra realidad y nuestras necesidades. Es obvio que si los europeos se encuentran hoy en una buena posición para enfrentarse al envite de la globalización, se debe en gran medida al hecho de que la historia los empujó después de la catástrofe de la segunda guerra mundial, a unir sus destinos con carácter permanente. Eso es fundamentalmente lo que nos debe interesar de ese modelo. La integración mercosureña difícilmente podrá cumplir el papel que aquí se propugna si no se la dota de un aparato institucional sólido y de unas reglas de juego claras y exigibles. Y, sobre todo, si los Estados parte no toman en serio al MERCOSUR y el cumplimiento de sus reglas y sus políticas. (Acerca del DIPr del MERCOSUR, ver Cap. 2.IV.)

3. Auge de la cooperación internacional

22. De los muchos ámbitos en los cuales la cooperación internacional ha cobrado un auge inusitado en los últimos años, el jurídico es tal vez el que muestra un crecimiento más significativo, tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta afirmación halla sustento en el entendimiento amplio de la noción de cooperación jurídica, que permite encuadrar dentro de la misma no sólo a la que tiene lugar mediante los convenios internacionales o las normas emanadas de los organismos de integración que reglamentan específicamente la cooperación en el campo del derecho (cooperación jurídica *stricto sensu*), sino también a aquella que, referida esencial o prioritariamente a otras cuestiones (cooperación económica –y, dentro de ésta, la cooperación al desarrollo–, política, cultural, etc.), se canaliza por el cauce de distintos tipos de convenciones internacionales (cooperación jurídica *lato sensu* o "aspectos jurídicos de la cooperación internacional" –van Loon–). Lógicamente, también puede ubicarse dentro del concepto restringido de cooperación jurídica a la que se produce unilateralmente por los Estados en aplicación de las normas que al respecto existen en cada ordenamiento.

Dentro de la cooperación jurídica *stricto sensu* se deben realizar también dos distinciones de carácter conceptual. La primera sitúa de un la-

do a la cooperación que se produce en el ámbito del derecho público implicando, con técnicas y características muy diversas al DIP, al derecho penal internacional, al derecho fiscal internacional, etc., y del otro lado a la que tiene lugar ligada esencialmente a cuestiones de derecho privado. Lógicamente, la realización de esta demarcación no significa desconocer que puede haber zonas de intersección entre sendos ámbitos, sobre todo en relación con casos concretos. Hecha esta salvedad, es en la esfera del derecho privado –que es, por razones de especialidad, la que más interesa para este trabajo– donde cabe hacer la segunda distinción anunciada.

Para explicarla puede echarse mano a la clásica composición del derecho procesal civil internacional, el cual, como dijimos, estaría formado por: la jurisdicción internacional, el reconocimiento y la ejecución de actos y decisiones extranjeras y –un poco más amorfo– el sector constituido por los problemas procesales que se plantean en torno a la situación privada internacional. La cooperación jurídica afectaría en principio a este último sector (sobre todo a la asistencia judicial internacional) y, en general, a toda reglamentación que organice las formas de llevar a cabo la colaboración que las autoridades judiciales y administrativas de los Estados deben prestarse entre sí para una mejor solución de los casos internacionales (aquellos vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos).

Los fundamentos actuales de la cooperación jurídica internacional no pueden cifrarse en la tradicional consideración de la obligación, más o menos natural, que tendrían los Estados de prestarse asistencia mutua (obligación habitualmente ligada a la exigencia de reciprocidad). Hoy en día la internacionalización de la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquéllas frente a las situaciones privadas internacionales. El derecho de los particulares a ser tutelados judicialmente de manera efectiva va transformando en obligatorias las actitudes estatales otrora realizadas con una cierta espontaneidad. Paralelamente, específica pero no exclusivamente en el ámbito patrimonial, la cooperación va dejando de ser una opción para convertirse en una exigencia inherente a las necesidades del gran mercado (van Loon). La consolidación de la excepcionalidad del orden público, junto con otras tendencias cla-

ramente detectables en especial en dicho ámbito patrimonial no hacen sino confirmar el auge alcanzado por la cooperación en esta materia.

23. Con el entendimiento anterior, serían convenciones de cooperación jurídica internacional (o cooperación internacional en el ámbito jurídico o, con mayor precisión, en el ámbito del DIPr, a poco que admitamos que la dispersión elemental de una relación jurídica de derecho privado caracteriza a la situación objeto del DIPr), las que reglamentan la realización de medidas cautelares, la obtención de pruebas, la información acerca del derecho extranjero, las que establecen un procedimiento para la devolución de los menores al país de su residencia habitual o para que tenga lugar una adopción internacional, etc. Para el mejor funcionamiento de dichos convenios se ha creado la figura de la "autoridad central", la cual cumple un papel de suma importancia en tanto canalizadora de la cooperación (Droz, Borrás). Del mismo modo, es posible encontrar normativa autónoma relativa a esas cuestiones; un ejemplo que viene al caso lo constituyen las reglas procesales que algunos Estados han debido incorporar a sus legislaciones nacionales para evitar que alguno de los convenios mencionados no pudiera aplicarse correctamente debido a la carencia de las herramientas procesales adecuadas. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, respecto de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 1980.

Ahora bien, entre toda la "reglamentación para la cooperación", cabe poner un énfasis especial sobre la función "cooperante" de la que disciplina el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras y la jurisdicción internacional, ya que representa la forma más sublime y acabada de cooperación en el ámbito jurídico. Digo que es la forma más sublime y acabada porque en este caso no se trata de prestar una ayuda concreta para una actividad que se desarrolla en el extranjero o que está estrechamente vinculada con otro Estado, sino –de alguna manera– de renunciar a la propia potestad decisoria sobre un supuesto permitiendo que la decisión adoptada por una autoridad foránea despliegue sus efectos en el foro. Si se acepta entonces –y no puede ser de otro modo– que la cooperación implica decisivamente no sólo a las cuestiones estrictamente enmarcadas en la "asistencia judicial internacional", sino también y muy especialmente al reconocimiento y ejecución de decisiones extran-

jeras, resta plantearse de qué modo puede afectar al otro sector del derecho procesal civil internacional, es decir, a la jurisdicción internacional. Desde su faceta "indirecta" la respuesta parece obvia, ya que en tal caso la jurisdicción internacional (como veremos en los Caps. 3.II.4 y 10.III.2) se configura como un requisito más del reconocimiento; dicho de otro modo, la elaboración de normas de jurisdicción internacional indirecta, sean éstas expresas o implícitas –como la que se deduce de la vigencia de un foro de competencia exclusiva–, siempre se produce en el marco de una regulación del reconocimiento (González Campos).

Por su parte, la reglamentación directa de la jurisdicción internacional (jurisdicción internacional propiamente dicha) también admite una comprensión "cooperante", en particular, cuando la función distributiva o atributiva de competencia a ella asignada (según se trate, respectivamente, de normas de fuente internacional o interna) aparece íntimamente ligada a la facilitación de la circulación de resoluciones judiciales. Tal situación se da, en particular, en las llamadas "convenciones dobles" que regulan en un mismo texto la jurisdicción y el reconocimiento, y que reconocen su paradigma en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, celebrada entre los Estados miembros de la CE, afectada por el proceso de comunitarización antes mencionado. En estas convenciones, la distribución de competencia entre las autoridades de los Estados parte se opera en gran medida con la finalidad de garantizar tanto como sea posible la efectividad en todos dichos Estados de las decisiones que se adopten en cualquiera de ellos.

Dicho modelo se ha mantenido incólume en las diferentes versiones de la Convención de Bruselas (las surgidas de cada ampliación de la CE), en el Reglamento que la comunitariza y en el Reglamento que ha ampliado ese mecanismo doble de jurisdicción y reconocimiento para la separación, el divorcio, la nulidad del matrimonio y la responsabilidad parental sobre los hijos comunes (conocido en la jerga europea como "Bruselas II"), pero también en la "extensión" espacial de dicha Convención a los Estados de la ya diezmada AELC (Convención de Lugano de 16 de septiembre de 1988). En cambio, se da mucho más matizadamente en el Proyecto de convención que se viene discutiendo en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la misma materia, cuyo modelo ya no es "doble", sino "mixto" (ver Cap. 4.I.4).

De una forma o de otra, y más allá del éxito que llegue a tener o no el Proyecto de La Haya, no es difícil constatar que la cooperación en torno a la fluidez de la circulación de resoluciones judiciales se va convirtiendo progresivamente en uno de los pilares esenciales del tráfico internacional de nuestros días. Piénsese, de paso, en el éxito impresionante de la Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias arbitrales de 1958, mediante la cual un número enorme de Estados (132 a fines de 2002) han asumido la obligación de ejecutar lo que un árbitro o un tribunal arbitral (es decir, unos particulares) decide fuera de su jurisdicción. Y es precisamente el alcance que va teniendo la cooperación en estos ámbitos (reconocimiento, jurisdicción, arbitraje) lo que reafirma el auge de la misma como fenómeno condicionante del DIPr actual.

4. Influencia de los derechos humanos

A) Dimensión internacional de los derechos humanos

24. En el capítulo siguiente (Cap. 2.II.2) trataremos la función que despliega la Constitución en cada uno de los sistemas estatales de DIPr. Allí veremos que el DIPr, como todo el resto de subsistemas que conforman cada ordenamiento, está lógicamente impregnado de los valores y principios consagrados en la norma fundamental. Lo que pasa con la concepción y aplicación de la normativa destinada a regular las situaciones internas, sucede también respecto de las normas de DIPr. No podría ser de otro modo. Ni el legislador puede elaborar normas que contradigan esos mandatos esenciales, ni los jueces y administradores tomar decisiones que impliquen una vulneración de los mismos. Entre ellos, huelga decir que se destacan los que consagran derechos humanos y garantizan su ejercicio.

Así planteado el panorama, es difícil identificar principios y valores que sean exclusivos de algún Estado en particular. Al contrario, aunque es indudable que en el mundo coexisten diferentes concepciones culturales que en no pocos casos repercuten sobre los derechos fundamentales y sobre aspectos esenciales del derecho privado (especialmente en el ámbito familiar), la segunda mitad del siglo XX ha estado signada por un proceso general en pos del reconocimiento a escala internacional de esos

derechos. La puesta en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional, pese a la oposición de la principal potencia del mundo, es uno de los signos más relevantes en este sentido. Entre países con tradiciones comunes es evidente que se comparten una gran cantidad de valores y que los mismos han quedado plasmados en normativa internacional sobre derechos humanos. Obviamente, esta evidencia no implica uniformidad absoluta ni carencia de conflictos. Por ejemplo, ni siquiera en los países que forman parte del Consejo de Europa, "afectados" por la vigencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 1950) y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede decirse que todos los ordenamientos estatales hayan recogido por igual, o apliquen efectivamente, los principios establecidos por aquél y desarrollados por éste. Es más, en un ámbito bastante más restringido que el anterior, el de la UE, ha costado muchísimo tiempo ponerse de acuerdo sobre el contenido de una Carta de derechos fundamentales y una vez que se ha logrado, se ha preferido no darle, al menos de momento, un carácter estrictamente jurídico, esto es, vinculante. Hechas estas salvedades, no hay que ser muy fino observador para constatar que los instrumentos patrocinados por diversas organizaciones internacionales y que han sido elaborados para proteger de alguna u otra manera los derechos humanos se han multiplicado en las últimas décadas y han recibido una nada desdeñable aceptación.

En particular, muchos Estados han reconocido la importancia de la normativa sobre derechos humanos otorgándole a la misma rango supralegal o incluso, como es el caso de Argentina o Paraguay, constitucional (Rey Caro, Bidart Campos). Aun en Brasil, donde la jerarquía supralegal de los tratados internacionales en general es una asignatura pendiente (ver Cap. 2.II.2), parece en cambio clara dicha jerarquía cuando se trata de tratados protectores de los derechos humanos, sobre la base de lo estipulado en los párrafos 1° y 2° del art. 5 de la Constitución de 1988 (de Oliveira Mazzuoli). El aprendizaje de la aplicación práctica de estas ideas, no obstante, requiere tiempo, ya que muchas veces en las jurisdicciones nacionales se percibe, ante casos concretos –especialmente cuando tienen alguna trascendencia política–, una cierta resistencia a tratar las normas internacionales como lo que son, es decir, como parte integrante del ordenamiento estatal (Garro).

B) Derechos humanos y DIPr

25. Sin ser una cuestión enteramente novedosa, el creciente impacto de los derechos humanos sobre el DIPr es digno de destacar. En el sector de la jurisdicción internacional, para empezar, la garantía de acceso a la justicia lleva a desterrar la utilización de foros de competencia exorbitantes, que son aquellos según los cuales la actividad del juez se basa en un criterio desprovisto de razonabilidad, normalmente favorable a la parte vinculada con el foro y consecuentemente desfavorable –y a veces imprevisible– para la otra parte. Precisamente, la protección de esta garantía conduce en determinadas circunstancias a consagrar lo que se denomina un "foro de necesidad", que es aquel que, pese a no estar taxativamente previsto en las normas vigentes, permite la actuación de un juez con el fin de evitar un supuesto de "denegación de justicia". También para el trámite procesal las normas de derechos humanos establecen criterios específicos que deben respetarse cualquiera sea la jurisdicción y la correspondiente ley aplicable al proceso, como hemos podido observar en los últimos años en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación del Pacto de San José de Costa Rica.

Del mismo modo, la tarea de concretar la referencia general al orden público, tanto para comprobar la viabilidad de la aplicación de un derecho extranjero como la del reconocimiento de una sentencia extranjera, suele requerir el análisis del contenido y el alcance de los derechos humanos implicados. En esa tarea las referencias a la Constitución y a las convenciones internacionales van de la mano (Jayme). En algunos casos, los constituyentes han sido muy explícitos, como es el caso del español, que en el art. 10.2 de su Constitución establece: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

26. Los ejemplos concretos sobre los que podemos hablar son muchísimos. Así, si nos situamos en el impacto sobre el legislador, puede mencionarse el causado por el principio de igualdad o de no discriminación sobre las normas de DIPr que utilizaban un punto de conexión "sexista"

(aplicación de la ley nacional del marido o del padre), fenómeno que se dio en algunos países como Alemania, Italia y España no hace tanto tiempo, provocando la modificación de dichas normas. Si en cambio nos centramos en la actividad de los jueces, resulta claro, por ejemplo, que a los menores les asiste, en un gran número de Estados, una singular "protección constitucional". No parece razonable, sin embargo, que la identificación del *interés del menor*, en cuanto parámetro de solución jurisprudencial, dependa en cada caso internacional exclusivamente de los dictados materiales del foro; es más, dicha dependencia puede ser muy peligrosa si la aparente información material del propio ordenamiento es sólo una excusa para privilegiar otros intereses distintos. En cualquier caso, en general habrá de tenerse en cuenta (como veremos en el Cap. 6.IV.8) que para que prospere el freno del orden público, concretado en la identificación de un principio o valor específico, será indispensable que el caso en cuestión presente una vinculación suficiente con el foro. En tal sentido se ha insistido, a nuestro juicio con razón, en que ni siquiera la Constitución puede aplicarse de forma "imperialista" a cualquier situación privada internacional, sin tener en cuenta la "intensidad" de la vinculación de la misma con el ordenamiento jurídico del foro (Jayme).

27. No podemos dar por terminado este tema sin hacer referencia a la sociedad multicultural (fenómeno que se produce al influjo del incremento experimentado por las corrientes migratorias provenientes de distintas partes del mundo, y a la forma y cualidad con las que las comunidades inmigradas se instalan en los países de acogida) que viene ocupando muchísimas de las páginas dedicadas al DIPr, especialmente en Europa, aunque tal "localización" europea es sólo aparente (Europa no es ni con mucho la única sociedad multicultural). La importancia del tema radica, sobre todo, en que estos desarrollos teóricos pero también jurisprudenciales han actuado como catalizadores en la elaboración o perfeccionamiento de instrumentos técnicos del DIPr y en un replanteamiento general acerca del papel de los derechos fundamentales en la reglamentación y aplicación del DIPr, efectos que trascienden a cualquier limitación geográfica.

El caso es que se producen conflictos cuya cuestión subyacente pasa por la tensión entre la idea de asimilación (en el sentido de integración

del inmigrante en su sociedad de acogida) y la de respeto a la identidad cultural. La solución de esa tensión debe buscarse siempre por referencia a la actuación de los derechos fundamentales, la cual implicará, por principio, el reconocimiento (que es más que tolerancia) de los derechos del "otro". En el contexto europeo –aunque esté pensado para las minorías locales más que para las inmigrantes– es dable destacar la trascendencia que puede llegar a tener el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 1° de febrero de 1995. Allí se establece: la prohibición de toda discriminación fundada en la pertenencia a una minoría nacional (art. 4.1°), el compromiso de los Estados parte de promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, lengua, religión, tradiciones y patrimonio cultural (art. 5.1°), y la prohibición de toda política encaminada a la asimilación no voluntaria (art. 5.2°). E. Jayme expresa, en la misma línea, que el derecho a la protección de la identidad cultural se ha convertido en una categoría jurídica, refiriéndose al art. 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989. No obstante, no debe desconocerse (sobre todo por lo peligrosas que son y por las consecuencias negativas que provocan) que existen posiciones no tolerantes y que propugnan la imposición sin más de los valores "occidentales" (de Miguel Asensio), ideas de especial predicamento a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 2001.

Los conflictos señalados, que no pocas veces se han exteriorizado a través de deplorables episodios de racismo y xenofobia, a menudo dan lugar a típicos problemas de DIPr, generalmente relacionados con instituciones de derecho de familia que resultan extrañas o "chocantes" para los ordenamientos europeos. Buena parte de ellos se plantean respecto a sistemas jurídicos de base religiosa, sobre todo los basados en el islamismo o influenciados netamente por él. Le cabe entonces al DIPr el establecimiento y la aplicación de herramientas técnicas que permitan la convivencia de valores dentro de la sociedad multicultural (Sánchez Lorenzo, Jayme). Entre ellas tendrán un lugar las referidas a la actuación del principio de igualdad (no discriminación por razones raciales o de nacionalidad), a la amplitud reconocida a la autonomía de la voluntad

y a las limitaciones mencionadas para la aplicación de los principios de orden público, pero también las que pasan por una revalorización frente a estos problemas de la conexión nacionalidad, por el juego de la teoría de un DIPr en dos escalones y por la concreta elaboración de normas materiales de derecho de familia para la sociedad multicultural.

5. Expansión de la autonomía de la voluntad (privatización del DIPr)

28. Una de las definiciones esenciales que hemos asumido para la elaboración de esta obra es, como hemos visto, la que resalta el carácter "privado" del DIPr. Esto que puede parecer una afirmación tautológica en realidad no lo es tanto. Por un lado, no lo es porque paradójicamente las concepciones tradicionales del DIPr han sido claramente "publicistas", razón por la cual nunca está de más subrayar lo contrario. Por otro lado, debe recordarse que el tratamiento que antes hemos hecho acerca de la situación privada internacional tenía que ver con la definición del objeto y la consecuente concreción del contenido. En cambio, lo que ahora nos interesa destacar, en tanto factor condicionante del DIPr de nuestros días, es a quién corresponde la reglamentación de las concretas relaciones que se producen en el tráfico privado internacional. Y es ahí donde se hace preciso mencionar cómo se viene desarrollando un marcado proceso de "privatización" del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su marco concreto de derechos y obligaciones recíprocas, y el vinculado con la actividad normativa y decisoria de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales.

29. Respecto del primer nivel (el de la autonomía de la voluntad en el caso concreto), puede comprobarse cómo las normas nacionales, convencionales e institucionales de las más variadas regiones y países del mundo no sólo han reafirmado en las últimas décadas el poder de los particulares para autorregularse dentro del ámbito más tradicional, el de los contratos, sino cómo, además, ese poder se va extendiendo hacia áreas antes vedadas al despliegue de la autonomía, como son las que tie-

nen que ver con el llamado "estatuto personal" (personas, familias y sucesiones). Cualquiera sea el ámbito material en cuestión, la autonomía de la voluntad no se restringe a la potestad para determinar el juez competente y el derecho aplicable (lo que ya es mucho decir) sino que va experimentando un despliegue material que va mucho más allá, operando sobre la concepción misma de las relaciones jurídicas (Alfred E. von Overbeck habla así de la "irresistible extensión de la autonomía de la voluntad en el DIPr").

En materia de familia, por ejemplo, cada vez más países reconocen el derecho de contraer matrimonio de variadas formas civiles y religiosas, con exactamente los mismos efectos jurídicos, algunos de los cuales también se reconocen sin necesidad de matrimonio. En no pocos países los contrayentes pueden elegir, con más o menos restricciones, el derecho aplicable a los efectos del matrimonio, incluso a los efectos personales (Carrascosa González). La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV) consagra en la última parte de su art. 8, la creación de un foro de jurisdicción internacional en virtud de la voluntad de las partes (comparecencia del demandado sin objetar la competencia, es decir, sumisión tácita). Y en la UE, desde marzo de 2000, no sólo pueden los cónyuges designar de común acuerdo el juez competente para la separación, el divorcio o la nulidad, sino que a cada uno de ellos, en forma separada, le basta para "crear" una jurisdicción competente fijar su domicilio en el Estado comunitario que mejor le venga y esperar seis meses (si es nacional de ese Estado) o un año (si no lo es). Yendo del ámbito familiar al contractual, no es preciso ir hasta Europa para ver cómo la autonomía de la voluntad se ha transformado en el elemento central de la reglamentación; las normas elaboradas por el MERCOSUR en esta materia (Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y Acuerdos de Arbitraje) consagran claramente esta opción legislativa como principio de base de la reglamentación mercosureña. Sin embargo, no todos los ordenamientos nacionales de los países del MERCOSUR parecen haber tomado buena nota de ello.

30. El segundo nivel aludido se da precisamente en el ámbito contractual. En efecto, en los contratos internacionales las partes no sólo pueden moverse en el ámbito institucional, eligiendo entre las jurisdicciones y los

ordenamientos jurídicos que les ofrecen los Estados, sino que pueden llevar su poder de regulación más allá, saliéndose de esa oferta "pública" para utilizar normas elaboradas por organismos privados (la llamada *lex mercatoria*) y plantear sus controversias ante otros particulares (árbitro o tribunal arbitral). Lo llamativo del asunto es que (como se verá en el Cap. 2.V) los Estados y las organizaciones internacionales de carácter público van reconociendo cada vez más espacio a estas manifestaciones normativas y decisorias provenientes del ámbito privado, admitiendo la validez de unas y los efectos de las otras. Todo lo señalado no implica en ningún caso que la autonomía sea ilimitada. Es verdad que los Estados, individualmente o en conjunto, van dejando cada vez más espacio a la autorregulación de los particulares en los dos niveles mencionados; pero también es verdad que siempre se reservan una parcela intocable en términos de orden público o de normas de policía (ver Cap. 6.V.2). Además, como antes decíamos, no todos los países admiten de igual manera lo que indudablemente es una tendencia que se viene dando a escala mundial.

Bibliografía complementaria

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., "La cooperación internacional como objetivo del derecho internacional privado", *Cursos de derecho internacional de Vitoria –Gasteiz*, 1991, pp. 171-225; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Objeto del derecho internacional privado y especialización normativa", *ADC*, 1993, pp. 1109-1151; CALVO CARAVACA, A.L., "Noción y contenido del derecho internacional privado", *RGD*, 1987, pp. 5-31; CALVO CARAVACA, A.L. / IRIARTE ÁNGEL, J.L (dirs.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y derecho internacional privado*, LiberLibro.com; CIURO CALDANI, M.A., *El derecho internacional privado ante los procesos de integración*, Rosario, FIJ, 1998; DOMÍNGUEZ LOZANO, P., "Las concepciones publicista y privatista del objeto del derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica", *REDI*, 1994, pp. 99-134; ESTEFANÍA, J., *Hij@, ¿qué es la globalización? La primera revolución del siglo XXI*, Madrid, Aguilar, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Sobre el contenido del Derecho internacional privado", *REDI*, 1986, pp. 68-108; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Orientaciones del derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Rev. Mex. DIPr*, núm. esp., 2000, pp. 7-32; GARCÍA SEGURA, C., "La globalización en la sociedad inter-

nacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales", *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 315-350; PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, San Pablo, Max Limonad, 1996; STIGLIZ, J.E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Taurus, 2002; VVAA, "Conferencia y mesa redonda sobre 'Contenidos actuales del derecho internacional privado, enseñanza y programa de la disciplina'", *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad de la República Oriental del Uruguay)*, 12, 1997, pp. 329-339.

Capítulo 2

Configuración sistemática del derecho internacional privado del MERCOSUR

Diego P. Fernández Arroyo

I. Planteo general

1. Complejidad sistemática del DIPr

31. Después de tratar en el Capítulo 1 las principales cuestiones del DIPr en tanto rama del derecho, ahora nos toca analizar cómo se organiza en cada Estado la reglamentación de las cuestiones de DIPr. Es decir que si antes vimos algunos elementos de la "ciencia" del DIPr (dejando a un lado la discusión de si el derecho es o no una ciencia), ahora veremos qué pasa con los "sistemas" de DIPr, en particular pero no exclusivamente, con los del MERCOSUR.

El título de este epígrafe deja claro ya desde un principio que los sistemas de DIPr son complejos. Y para completar esa idea es preciso señalar que tal complejidad no ha hecho más que crecer y multiplicarse y no por mandato bíblico sino por un lógico proceso de acomodamiento del DIPr a las modificaciones sufridas por la situación del mundo y a la misma evolución del derecho. Entre los fenómenos condicionantes del DIPr actual hemos destacado el enorme impacto causado por la integración. Pero mucho antes de que existieran los procesos de integración hoy en vigor, los Estados ya celebraban tratados entre sí para regular diversas cuestiones de DIPr. En nuestra región esa actividad internacional de los Estados se remonta a finales del siglo XIX cuando se celebraron los conocidos Tratados de Montevideo de 1889, todavía en vigor. Y la mera presencia de normas de origen internacional en el ordenamiento de un Estado, más allá de la forma de tratar a dichas normas en cada uno de ellos

(cuestión que, como veremos, difiere entre los países del MERCOSUR), genera lo que bien puede caracterizarse como el *primer ingrediente de complejidad*. La razón es muy simple: si se trata de convenciones aplicables sólo a casos vinculados con Estados parte (convenciones sujetas a reciprocidad), su presencia puede provocar que la reglamentación de las relaciones de DIPr que se presenten sea diferente según sean los Estados conectados con cada caso, aunque los casos sean idénticos. Así que, desde un punto de vista práctico, la labor primordial del operador jurídico se concreta en la identificación de la norma aplicable, si la autónoma (o de fuente interna) o la internacional.

32. En las últimas décadas del siglo XX, la producción de convenciones internacionales ha experimentado un renovado impulso, y tanto su crecimiento cuantitativo como su diversificación cualitativa (las convenciones son muchas y son muy diferentes entre sí) provoca una larga serie de inconvenientes. Las organizaciones internacionales que elaboran textos de DIPr realizan un ingente trabajo, ya sea con una vocación universal (las más importantes son: la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL– y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–) o centradas en una región (como la Organización de los Estados Americanos –OEA–, a través de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado –CIDIP– o el Consejo de Europa) o en un proceso subregional de integración (como la Unión Europea –UE– o el MERCOSUR). Esa abundante producción normativa internacional es recibida amplia aunque desigualmente por los Estados, los cuales la incorporan a sus ordenamientos nacionales según los respectivos mecanismos constitucionales. A esta tendencia no son para nada ajenos los países del MERCOSUR. Hasta Brasil, que tradicionalmente se mantuvo refractario a la incorporación de convenciones internacionales, ha dado un vuelco copernicano a su actitud ratificando en muy poco tiempo una gran cantidad de los mismos.

Esta multiplicación exponencial de convenios internacionales obliga a matizar la afirmación tópica que se ocupaba de hacer resaltar el carácter nacional –o *no* internacional– del DIPr (Carrillo Salcedo). Es verdad

que la independencia y la consecuente soberanía legislativa de cada Estado centra en el legislador nacional no sólo la factura de la dimensión autónoma del sistema sino también la adopción de una determinada política de incorporación a convenciones internacionales. Es cierto, asimismo, que el énfasis dado al "nacionalismo" del DIPr hunde sus raíces en la emancipación de éste del DIP, emancipación que se acentúa al socaire de un razonamiento que entrega la paternidad del DIPr a un sistema de principios y valores establecido de forma particular en cada Constitución. ¿Pero hasta qué punto puede afirmarse que un convenio de los llamados *erga omnes* (cuyo ámbito material de aplicación se extiende a todos los casos, estén vinculados con Estados parte o no) o uno que unifique normas materiales especiales contribuyen a constituir un derecho *no* internacional privado? Y si, como de hecho sucede desde hace varias décadas, los convenios van ocupando puntualmente todas las zonas del terreno *material* imaginable, abarcando de paso de modo desigual pero siempre creciente cada vez más *espacio*, la revisión de la afirmación tópica del principio de este párrafo se convierte en una necesidad más que en un deber. Tanto más cuando se percibe la existencia de un *segundo ingrediente de complejidad*, el provocado por la integración económica y política. Ya hemos relatado cómo impacta este fenómeno en el DIPr (y allí nos remitimos: Cap. 1.IV.2), pero de cualquier modo interesa subrayar que la complejidad por él introducida en los sistemas de DIPr estriba en el aumento de la producción normativa convencional, con mayor o menor carga "institucional".

33. Un *tercer ingrediente de complejidad* –aunque para algunos sería el primero– pasa por la configuración de la dimensión autónoma del sistema de DIPr. Nótese cómo esta terminología está evidenciando la fuerza de lo que mencionábamos antes: se habla de distintas dimensiones (o *sub*sistemas) de un mismo sistema de DIPr (autónoma, internacional e institucional). Es mucho más gráfico que hablar de normas de fuente interna y normas de fuente internacional, como se hacía antes. ¿Y por qué hablamos de complejidad también aquí? Porque el legislador estatal tiene en su mano distintas opciones para llevar a cabo la reglamentación autónoma del DIPr –a través de una ley especial o manteniendo un sistema disperso–, y en cada una de ellas puede solucionar de distinto mo-

do la relación entre las normas estatales y las convencionales. Eso por no referirnos a lo que sería un tercer ingrediente en sentido más estricto, que es el que se produce en aquellos Estados donde conviven distintos sistemas de derecho privado o incluso distintos sistemas de DIPr.

Como veremos, los cuatro Estados del MERCOSUR tienen en común la nota de dispersión en lo que se refiere a la organización de las normas de DIPr. Hay una dispersión formal, que consiste en que las normas correspondientes a los distintos sectores del contenido del DIPr aparecen diseminadas por todo el ordenamiento, en códigos y leyes especiales, y no es especialmente grave, porque cualquier persona medianamente preparada en la materia puede ordenarlas de forma inteligible. Pero hay otra dispersión, mucho más complicada, que es la que tiene que ver con la metodología, con la concepción misma del DIPr que subyace a cada norma específica. Esta sí es grave porque inunda el sistema de incoherencia. Las normas se han ido creando en diferentes momentos, en coyunturas históricas muy distintas y responden a distintos intereses. Debe tenerse en cuenta que ha habido tiempos de cerrado proteccionismo y tiempos de apertura sin límites, y que las normas "patrimoniales" correspondientes a sendas épocas difícilmente puedan jugar conjuntamente de un modo coherente. Y eso no es todo. Hace casi cincuenta años, W. Goldschmidt señalaba que lo que caracterizaba al sistema argentino de DIPr eran sus "lagunas, contradicciones, incongruencias y ambigüedades". La justa observación del erudito alemán era aplicable en aquel momento también a los otros países del MERCOSUR; pero lo más chocante es que siga siendo válida una vez que hemos entrado en otro siglo (y milenio). Han existido intentos –y siguen existiendo– de modernizar el DIPr con una reforma de conjunto. En Argentina, el propio Goldschmidt presentó un proyecto en el año 1973 sin merecer eco parlamentario, que fue reflotado y puesto al día casi veinte años después, sin alcanzar tampoco éxito. En los últimos años, han existido nuevos y ambiciosos proyectos al socaire de la siempre querida, debatida y postergada reforma del derecho privado que, de momento, sigue teniendo un futuro incierto. En Brasil se presentó en 1995 un proyecto de ley sobre aplicación de las normas jurídicas, con la intención de reemplazar la Ley de introducción al CC (de 1942), sobre la base de un anteproyecto preparado por los profesores Coelho, Dolinger, França y Rodas; sin embargo, al menos de mo-

mento, la LICC de 1942 seguirá vigente pese a la inminente entrada en vigor de un nuevo CC. Finalmente, en Uruguay se conformó en 1998 un Grupo de Trabajo presidido por D. Opertti Badán, encargado de preparar un anteproyecto de ley especial de DIPr, cuyos trabajos no han tenido concreción práctica hasta el momento.

34. Las interacciones entre las distintas dimensiones del sistema de DIPr son a su vez complejas en sí mismas. En primer lugar, los cuatro Estados del MERCOSUR difieren en la forma de tratar al derecho convencional en general, incluyendo las reglas que han ido generando los órganos de integración. Esto significa que la jerarquía entre las normas correspondientes a cada una de las dimensiones no responde a criterios homogéneos. Ninguno de los ordenamientos mercosureños da un tratamiento especial al derecho de la integración, el cual, en lo atinente al DIPr, se presenta bajo la forma de convenciones internacionales. Al decir esto, queremos dejar claro que en ningún caso las normas del MERCOSUR, incluidas las de DIPr, se mueven en un nivel diferente al de las convenciones internacionales en general; es decir que cuando en el MERCOSUR se habla de "supremacía" se está hablando de algo muy diferente a la "primacía" del derecho comunitario europeo, que está por encima tanto del derecho autónomo como del derecho internacional. Lo que sí varía es que mientras Argentina y Paraguay consagran visiblemente la jerarquía supralegal de las normas convencionales (y, por lo tanto, también de las mercosureñas), en Brasil y Uruguay es bien posible que una norma de la dimensión autónoma prevalezca sobre una norma convencional a título de *lex posterior*.

Sin embargo, debe destacarse que en los cuatro Estados del MERCOSUR está vigente la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II), cuyo art. 1° establece que:

> "(L)a determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte.
>
> En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno".

Bien entendida, esta norma obligaría a las autoridades judiciales de todos los Estados parte a dar prioridad a las convenciones internacionales que pudieran existir en la materia que estuvieran juzgando, al menos dentro del sector del derecho aplicable. Pero claro que si caemos en la cuenta de que dicha Convención también corre el albur de todas las normas convencionales y que, por lo tanto, su aplicación no está en todo caso asegurada, no habremos solucionado mucho. Distinto es el caso contemplado en el art. 524 del Código general del proceso de Uruguay, en el cual es una norma autónoma la que consagra el mismo principio, autolimitando la aplicación de las normas procesales de la dimensión autónoma uruguaya, en la medida en que existan normas convencionales aplicables (muchos países utilizan contemporáneamente este método, así: arts. 2047 CC peruano, 20 CC cubano, 12 CC del DF mexicano, 2.1° –y 13.4° específicamente para el reenvío– Ley italiana de DIPr, 10 Ley rumana de DIPr, 1 Ley venezolana de DIPr, etc.). Con todo, más allá de las diferentes formas de organizar la interacción normativa dentro de cada sistema, lo realmente importante sería que existan los mecanismos para garantizar que los modernos criterios convencionales que son de una gran aceptación internacional pudieran sustituir el arcaísmo de algunas fórmulas estatales.

2. El papel de las Constituciones nacionales

35. En los últimos treinta años se ha insistido mucho sobre el rol estelar desempeñado por la Constitución en relación con la reglamentación de las situaciones privadas internacionales, así como sobre las características y los efectos del protagonismo constitucional (Moura Ramos, Ballarino, Herzog). Esta atención a la importancia de la Constitución por parte de la doctrina del DIPr, se ha visto potenciada por una reflexión más amplia, cuyo elemento central –no demasiado novedoso– pasaba por la reivindicación del carácter *nacional* del DIPr. En el fondo no hay más que aplicación pura y simple de una lógica jurídica *kelseniana*, exacerbada por la profunda modificación experimentada en la estructura de los ordenamientos jurídicos, especialmente en la segunda mitad del siglo XX.

Sin embargo, la identificación del DIPr –durante gran parte de su his-

toria– con lo que ahora conocemos como el sector del derecho aplicable, provocaba que prácticamente todas las normas de DIPr se localizaran en el Código Civil; incluso muchas veces aparecen allí las normas de jurisdicción internacional (por ejemplo, en los arts. 1215, 1216, 3284 del CC argentino). Entre otras consecuencias, dicho cauce de codificación ha provocado, junto a la utilización de categorías demasiado amplias (carencia o insuficiencia de especialización), que las normas de DIPr dependieran de las normas y los principios generales de aquél (González Campos). Al estar las normas de esta materia incardinadas dentro de un todo coherente ("sistemático"), era inevitable contar con este punto de referencia para resolver determinados problemas que no alcanzan a ser solucionados de forma autónoma por las limitadas normas de DIPr.

36. Ahora bien, la evolución que ha ido sufriendo la codificación, con la proliferación de leyes excepcionales y especiales, ha hecho cambiar progresivamente el rol desempeñado por el Código Civil dentro de cada ordenamiento, como se pone de manifiesto en la conocida teoría de Natalino Irti. Según él, la época en la cual los códigos, y el civil en particular, contenían con carácter exclusivo y unitario todo el derecho posible, ya ha quedado muy atrás. Sin embargo, algunas leyes que por diferentes razones no hallan ya cabida dentro del código, y concretos "micro-sistemas" que aún permanecen en su seno –como el del DIPr en muchos ordenamientos–, han seguido encontrando respuestas a sus carencias en ese cuerpo, que pasa a recoger lo que se ha denominado el "derecho común". Más tarde, cuando los "micro-sistemas" rompen el cerco del Código Civil, sustrayéndole materias enteras o grupos de relaciones más o menos homogéneas, se hace difícil incluso continuar justificando el carácter común o general del mismo.

En la medida en que las leyes especiales comienzan a descubrirse no como un desarrollo o una excepción del código, sino como una ejecución de mandatos constitucionales (Jayme), dotadas de autonomía propia, la función de aquél va adquiriendo poco a poco un perfil residual. A esto se suma que no pocas de las instituciones en él reguladas, se ven profundamente afectadas por la incorporación de nuevos valores de ordenación social en la Constitución, agregando un factor más de erosión a la vieja estructura del código. El camino es de ida y vuelta: en un sen-

tido, las normas de DIPr llevan a cabo la realización del programa ordenado por los principios y valores contenidos en la Constitución, en el otro, asistimos al necesario recurso directo del sistema de DIPr a ésta cuando de corregir las carencias apuntadas se trata. La Constitución pasa a ser vista de este modo como principio y fin de la legislación internacional privatística y parámetro esencial de su aplicación. Si hay necesidad de colmar una laguna, de bucear la interpretación que debe darse a determinado concepto jurídico, de saber hasta qué punto puede estirarse la flexible noción de orden público internacional, de completar y fundamentar, en definitiva, el sistema de DIPr, será en principio la Constitución y no el código quien brinde las pautas de solución a esos problemas.

Es en este sentido que se habla de la configuración de aquélla como el núcleo ("mono-sistema general") que irradia sus contenidos fundamentales hacia todos los componentes del poli-sistema, recibiendo a su vez las demandas suscitadas por las insuficiencias normativas o funcionales de éstos. Este viaje de ida y vuelta sólo se desvía hacia el código en aquellos supuestos en los cuales los "micro-sistemas" no han llegado a alcanzar una completa autonomía. En estos casos el código barre los flecos que se desprenden del hilo comunicante fundamental, utilizando las categorías amplísimas que aún recoge.

37. No obstante admitir *grosso modo* la validez de las apreciaciones anteriores, es preciso señalar las significativas matizaciones que las afectan. De entrada, está claro, aquéllas no valen por igual para todos los sistemas. Pero además de esta matización "espacial", debe tenerse en cuenta que, como vimos en el capítulo anterior, cada Constitución no es una realidad aislada; no está sola en el mundo. Ni siquiera lo está en su propio ordenamiento: frente a cualquiera de los problemas descritos, las modernas Constituciones (donde existen) ocupan el lugar preponderante para su solución, sin que ello implique necesariamente la ignorancia o la desaparición de otros elementos del ordenamiento jurídico (lo que podría mencionarse como *afectación inferior* de la Constitución).

Si se centra la atención, por ejemplo, en la interpretación de las normas, es la Constitución la que marca el límite último mediante el establecimiento de principios y valores jurídicos inderogables, pero el recurso a ella no es, evidentemente, el único criterio posible. Menos aún lo es

respecto de las normas que, aunque formen parte del ordenamiento interno (como sucede en los sistemas monistas), han sido elaboradas en sede internacional y que, por lo tanto, aún después de su recepción estatal, siguen manteniendo indudablemente ese carácter. Si se busca un ejemplo tajante, desvíese la mirada hacia los principios "de respeto al origen internacional" y "de uniformidad" contenidos, por ejemplo, en los arts. 18 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, 7.1° de la Convención de Viena del mismo año sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, 36 de la Ley de introducción al CC alemán (EGBGB) y 2.2° de la Ley italiana de DIPr de 31 de mayo de 1995, que obligan a los jueces y tribunales a ceñirse al texto y a la filosofía de los convenios internacionales a la hora de aplicarlos e interpretarlos. Se podrá comprender por qué se ha afirmado, con razón, que la interpretación autónoma impuesta por el primero de esos principios implica que "el significado de las nociones que el convenio emplea no se toma de un derecho nacional dado (...) sino que se determina por referencia a los objetivos y al sistema del convenio mismo", a la vez que el segundo lleva aparejada la exigencia de "dirigir la atención hacia el modo en que las normas son interpretadas y aplicadas en otros países, y permite, por tanto, alegar sentencias extranjeras en favor de una determinada interpretación" (Virgós Soriano).

La introducción en los ordenamientos de componentes heterónomos provenientes de los ámbitos de producción jurídica internacional (institucional y convencional) refuerza, por lo tanto, la necesidad de las matizaciones reclamadas. Respecto de ellos, la información que la Constitución despliega por todo el ordenamiento se relativiza (*afectación lateral*), sin que ello obste necesariamente a la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica.

Si es cierto –y creemos que no lo es rigurosamente en todos los casos– que como grafica Irti, la Constitución pasa a ser el sol del modelo copernicano, mientras códigos y leyes especiales giran en órbitas del mismo rango a su alrededor, no queda muy claro qué rol astral desempeñarían las normas de fuente internacional en dicha descripción. La cuestión no es baladí bajo ningún punto de vista, pero mucho menos desde la óptica del DIPr, que asiste cada vez en mayor medida a una "convencionalización" de problemas inherentes a su objeto. Pero hay todavía algo más.

Como hemos visto en el capítulo anterior (Cap. 1.IV.4), la Constitución misma sufre un proceso de "internacionalización"; es decir que los elementos heterónomos no sólo impactan en los distintos ordenamientos sino que además afectan a la propia Constitución (*afectación superior*). En efecto, gran parte del discurso relativo a las relaciones entre la Constitución y el DIPr se ha basado en la detección de los valores establecidos en aquélla que impactan con particular fuerza en la elaboración y el funcionamiento del sistema de DIPr, restando implícitamente algo de importancia al encuadre de esos valores en el marco internacional. Sin embargo, es evidente que esas normas internacionales van cobrando una importancia inusitada y establecen límites infranqueables para gobernantes, legisladores y jueces estatales, aunque éstos parecen no darse cuenta o no querer hacerlo en muchas oportunidades.

II. *Dimensión autónoma*

1. Argentina

38. En Argentina, las normas de DIPr se encuentran desperdigadas en diferentes códigos sustanciales, procesales y leyes especiales. Así por ejemplo, en el CC encontramos normas sobre: calidad del derecho extranjero aplicable (art. 13); orden público internacional (art. 14); capacidad de las personas físicas (arts. 6, 7, 8, 948 y 949); domicilio (arts. 81 a 84; 138 y 139); personas jurídicas (arts. 33 y 34); tutela y curatela (arts. 400, 401, 403, 404, 409, 410 y 475); adopción conferida en el extranjero (arts. 339 y 340); bienes materiales (arts. 10 y 11); forma de los actos jurídicos (arts. 12, 950, 1180, 1181 1211 y 3129); validez e invalidez del matrimonio (arts. 159, 160, 173 y 174); efectos personales y patrimoniales del matrimonio (arts. 162 y 163); atenuación o disolución del vínculo matrimonial (arts. 164, 227 y 228); sucesión hereditaria (arts. 3283 a 3286, 3611, 3612, 3634 a 3638, 3470 y 3825); y obligaciones contractuales (arts. 1205 a 1216). En el CPCN, aparecen normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1); exhortos (art. 132); sentencias y laudos de tribunales extranjeros (arts. 517 a 519 bis). En cuanto a las Leyes especiales, son dignas de particular mención: Ley de sociedades

comerciales (arts. 30, 118 a 124); Ley de concursos y quiebras (arts. 2 a 4); Ley de patente; Ley del cheque; Ley de propiedad literaria y artística; Ley de marcas de comercio y de fábrica; etcétera.

En 1974 Werner Goldschmidt elaboró un Proyecto de Código de DIPr, constituido por una Ley de DIPr y una Ley de derecho internacional procesal civil y comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales, que si bien no tuvo éxito en el proceso legislativo, influyó notablemente sobre la doctrina argentina. Ya a fines de la década de 1980 ese mismo Proyecto, con algunas modificaciones y actualizaciones, fue reflotado por una comisión de la que formaron parte Horacio Daniel Piombo, Antonio Boggiano, Alicia Perugini y Juan Carlos Arcagni. Tampoco llegó a buen puerto. Más recientemente, los diferentes intentos de reformar el CC, incluyendo el último proyecto de unificación del CC y el CCom (1998), han generado propuestas relativas a nuestra materia. La redacción del Libro VIII de este proyecto, presentado en 1999, estuvo a cargo de Berta Kaller de Orchansky, con la colaboración de Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés; con modificaciones fue elevado al Congreso de la Nación en el año 2000. Dicho proyecto –con las modificaciones introducidas– fue tomado como documento de trabajo por la Comisión designada en el año 2002 por el Ministerio de Justicia de la Nación para elaborar un proyecto de Ley de derecho internacional privado.

39. Desde otra perspectiva, es posible advertir que el país no observa una conducta coherente entre la posición que asume a nivel convencional y la que adopta en la dimensión autónoma para regular ciertas relaciones jurídicas. El problema puede plantearse desde dos puntos de vista, por un lado no se ha procedido a adecuar las normas internas a las aprobadas convencionalmente (por ejemplo, régimen de bienes en los Tratados de Montevideo y en el CC) y, por otro, la mora del legislador nacional para incorporar figuras jurídicas que, sin embargo, ha contemplado a nivel internacional (como la protección internacional de menores).

La práctica jurisprudencial argentina se ha mostrado favorable a cubrir el silencio normativo existente en el orden interno mediante la aplicación analógica de disposiciones convencionales. Cabe ilustrar el recurso a este método con lo que ocurre en el régimen internacional de la letra de cam-

bio ("*Icesa, Industria de componentes Electrónicos, S.A. c/ Bravox, S.A. Industria de Comercio Electrónico*", CNCom, sala A, 5/8/1983, *ED*, 108-603) como así también en la restitución internacional de menores ("*PHM-CD c/ NLEA*", CNCiv, Sala B, 26/9/1989, *LL* 1991-A-325).

40. En cuanto a los aspectos constitucionales, debe consignarse que hasta el año 1994, fecha en que se reforma la Constitución nacional de 1853, el art. 31 originaba problemas interpretativos sobre la jerarquía de las fuentes pues no receptaba de forma expresa el orden de prelación de las normas según provinieran de la actividad legislativa nacional o convencional. A pesar de ello, la legislación procesal ya destacaba la prevalencia del régimen convencional en materia de exhortos y reconocimiento de la fuerza ejecutoria de las sentencias y laudos arbitrales, relegando la fuente interna a una aplicación residual.

Producida la modificación de la Carta Magna, se decidió preservar de manera intangible los primeros treinta y cinco artículos, siendo el inciso 22 del art. 75 el que resuelve expresamente este problema. Se otorga a los tratados y concordatos jerarquía superior a las leyes, a la vez que se incorporan con rango constitucional, declaraciones, convenios y tratados sobre derechos humanos. Asimismo, a los efectos de captar el fenómeno de integración iniciado años atrás, a las atribuciones del Congreso se suma la de "(...) aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (...)" (inc. 24). La regulación dictada en su consecuencia tiene jerarquía superior a las leyes. Lo referido precedentemente produjo una significativa modificación de la pirámide jurídica.

41. A través de un relevamiento de la jurisprudencia es factible observar las distintas interpretaciones que la CSJN efectuó sobre la jerarquía de las fuentes. En este orden de ideas se pueden distinguir cuatro períodos: entre 1853 y 1963, la interpretación fue uniforme al aplicar literalmente el orden establecido por el art. 31 de la CN: Constitución, leyes, tratados. Se sostuvo, entonces, la supremacía de las dos primeras sobre la dimensión convencional, como asimismo la necesidad de dictar una ley para convertir un tratado internacional en derecho interno vigente. Es útil contabilizar el precedente "*Merck*" (*Fallos*, 211-162) donde la Corte

precisó que la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría dualista. Este criterio dualista rígido fue flexibilizado por la CSJN en el caso "*S.A. Martín y Cía. Ltda. c/ Administración Gral. de Puertos s/ repetición de pago*" (*Fallos*, 257-99) en el que se dispuso que las leyes y los tratados son igualmente calificados como Ley Suprema de la Nación, sosteniendo la vigencia del principio *lex posterioris derogat lex prioris*.

En el año 1992 en un decisorio trascendente, "*Rec. de hecho, Ekmekjián, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros*" del 7/7/1992 (*ED* 148-338), el Alto Tribunal produjo un giro jurisprudencial. Reconoció primacía al derecho internacional sobre el derecho interno, al señalar la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. En tal sentido "(...) la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento (...)". Con posterioridad a dicho precedente, la CSJN ratifica el temperamento expuesto en "*Servini de Cubría, María R. s/ amparo*" del 9/8/1992; "*Fribaca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica de Salto Grande*" del 7/7/1993 (*ED* 154-161); "*Haguelin, Ragnar c/ PEN s/ juicio de conocimiento*" (*ED* 158-130); "*Cabrera, Washington c/ Salto Grande*" del 5/12/1993. Finalmente, acorde a la reforma constitucional, la CSJN consolida definitivamente el criterio que venía sosteniendo desde 1992, en sucesivos fallos: "*La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)*", (*ED*, 1/12/1994); "*Méndez Valles, Fernando c/ A.M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres*" del 2/12/1995 (*ED* 167-19), por consignar sólo los más importantes en los que se confrontaron normas convencionales con otras del derecho interno argentino.

42. La incorporación con rango constitucional de declaraciones, convenios y tratados sobre derechos humanos repercute no sólo en el derecho interno en sus distintas manifestaciones, sino también en la labor de los tribunales al tiempo de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico interno y convencional. Entre los principios tuitivos consagrados podemos mencionar los siguientes:

– El derecho de acceder libremente a la justicia recogido por la jurisprudencia en "*Ghiorso, Juan c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*", del 1/4/1997 (*LL* 1998-A-279). Este principio también debe proyectarse en la actividad del legislador nacional a la hora de elaborar normas sobre competencia judicial internacional que permitan incorporar criterios de conexión flexibles y desterrar conexiones exorbitantes. A su vez, la tutela judicial efectiva obligaría a nuestros jueces a asumir jurisdicción frente a una denegación internacional de justicia (foro de necesidad: "*Vlasov, E. C. de*", del 25/3/1960, *LL* 98-287).

– Derecho a la defensa y a ser oído en juicio, cuya inobservancia influye en el sector de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. La CSJN sostuvo este temperamento en autos "*Paris Video Home c/ Societá per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo*", del 12/3/1996 (*JA* 1996-III-18).

– El principio de igualdad no admite otorgar un trato desigual por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religión o edad. Repercute en la actividad del legislador quien deberá encontrar el equilibrio al tiempo de elegir las conexiones para evitar el privilegio de una parte respecto de la otra. Así por ejemplo, al establecer que los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia, el principio se proyecta en la elección del juez internacionalmente competente y de la ley aplicable a todos los efectos que devienen del instituto (art. 200 del CC). Asimismo, se extiende al ámbito procesal no permitiendo discriminar por la calidad de extranjero; abarcando la eliminación de la caución de arraigo en juicio, y la extensión del beneficio de litigar sin gastos.

– El principio de equidad refleja el equilibrio de la justicia distributiva de conformidad a las circunstancias particulares de cada caso; y el de solidaridad que apoyado en aquél, se manifiesta en la interdependencia del desarrollo económico de las naciones.

– El interés superior del menor proclamado por la Convención de los Derechos del niño, le reconoce el derecho de expresar libremente su opinión en toda actuación procesal o administrativa que lo afecte (CC art. 321 inc. c).

– Los principios de humanización, dignificación del ser humano, el respeto de las libertades individuales y la protección a la familia, como por ejemplo el art. 240 CC que equipara los hijos matrimoniales, extra-

matrimoniales y adoptivos en el goce de los derechos, son algunos de los ejemplos más significativos de la repercusión de los tratados sobre derechos humanos en la legislación y jurisprudencia nacional.

2. Brasil

43. En Brasil, la principal fuente legislativa es la Ley de Introducción al Código Civil (LICC, 1942), que trata del DIPr en sus arts. 7 a 17. Nótese que dicha Ley se pergeñó para estar en relación con un CC elaborado veintiséis años antes, en 1916. Ahora que va a entrar en vigor un nuevo CC, la LICC sigue vigente, ahora para un Código elaborado sesenta años después. Por su parte, la Constitución Federal de 1988 trata de la nacionalidad, de los derechos y deberes de los extranjeros, de las cuestiones atinentes a los tratados internacionales, de la sucesión internacional, además de determinar la competencia del STF en temas de cooperación internacional y de la Justicia Federal, en temas de tratados. Ya el CPC reglamenta la cuestión de la jurisdicción internacional y cuestiones relativas a cartas rogatorias, sentencias extranjeras y prueba del derecho extranjero. La doctrina nacional también es una importante fuente porque ha sido intérprete y guía de la jurisprudencia. Ésta, a su vez, se manifiesta, principalmente, a través de las decisiones del STF, que posee competencia originaria para tratar de las sentencias extranjeras, cartas rogatorias y extradición. En lo demás, la mayor parte de los casos relativos al derecho de familia, sucesión y contratos internacionales aparece en la jurisprudencia de los tribunales estatales.

En 1995, durante el gobierno de Itamar Franco, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley N° 4905, que pretendía derogar la Ley de Introducción al CC, estableciendo un nuevo sistema general de DIPr. Dicho Proyecto, que no tuvo éxito parlamentario, se derivó del Anteproyecto preparado por los profesores Jacob Dolinger, Joao Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocencio Mártires Coelho.

44. Con relación a la dimensión convencional, Brasil es partícipe del CB desde 1932. No obstante, esta legislación siempre fue poco conocida y poco usada por los tribunales. Eso no ha impedido que haya sido

utilizado no sólo como regla en casos vinculados con países signatarios, sino también como doctrina más recibida para suplir lagunas de la legislación interna en casos conectados con Estados no partes del CB. Recientemente, con la ratificación y promulgación de muchas convenciones interamericanas de DIPr elaboradas por la CIDIP, se puede decir que finalmente Brasil se ha integrado al sistema latinoamericano de uniformización sectorial del DIPr. Además, con la remisión de las convenciones interamericanas al Congreso Nacional, Brasil demuestra que está caminando en el sentido de implementar las disposiciones del TA para la armonización jurídica del MERCOSUR.

Es también preciso decir, con relación a las fuentes de origen internacional, que es necesario, para su inclusión en el ordenamiento jurídico nacional, la colaboración de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Según la Constitución brasileña vigente, celebrar tratados, acuerdos y actos internacionales es competencia privativa del Presidente de la República (art. 84.VIII), pero después esos actos están sujetos al Congreso Nacional, a quien cabe, además, resolver definitivamente sobre tratados internacionales que impliquen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional (art. 49.I). Por lo tanto, a pesar de que el Presidente de la República es el titular de la dinámica de las relaciones internacionales, cabiéndole decidir tanto sobre la conveniencia de iniciar negociaciones, como de ratificar el acto internacional ya concluido, la intervención del Poder Legislativo, bajo la forma de aprobación en el Congreso, es imprescindible para la incorporación. La validez y ejecutoriedad del acto internacional en el ordenamiento brasileño se da mediante su promulgación y publicación en el *DOU*.

La promulgación es hecha por decreto del Ejecutivo, firmado por el Presidente de la República, después la promulgación por el Presidente del Senado y publicación del decreto legislativo. Solamente con posterioridad a esos dos actos, el tratado será incorporado al ordenamiento brasileño. Esa promulgación final por el Ejecutivo, a pesar de no estar prevista en la Constitución, es ejemplo de costumbre constitucional que se inició en el Imperio y perdura hasta hoy. El STF decidió sobre esto en la CR 8279, ocasión en la cual el Protocolo de medidas cautelares del MERCOSUR fue considerado aún no vigente en el país porque todavía no había sido expedido el competente decreto de promulgación.

Puede decirse que en Brasil es nítida la preponderancia de la dimensión autónoma del DIPr. Los conflictos ocurren, en verdad, entre normas estatales y normas de origen internacional, que en este sistema son consideradas leyes de la misma naturaleza. Al respecto, se identifican claramente dos momentos distintos con relación a la discusión entre fuentes de distinto origen. El primer momento se da respecto a la incorporación de las normas convencionales al ordenamiento jurídico interno. El segundo, es en relación con su posición jerárquica en este ordenamiento –y sólo se pasa a este segundo momento si las normas internacionales ya están incorporadas–, momento en el cual aparece la pregunta de si son superiores a la norma interna o equiparadas al mismo nivel de ésta. Y la respuesta dada a esta segunda cuestión provoca que Brasil se coloque muchas veces en una situación delicada delante de sus pares internacionales. Según la posición de la jurisprudencia brasileña, por ejemplo, una ley interna posterior podrá venir a afectar un tratado en vigor, como ya aconteció en la RE 80.004, con excepción de los tratados que versan sobre materia tributaria, pues el Código Tributario Nacional expresamente les confiere superioridad sobre las normas internas posteriores.

3. Paraguay

45. Paraguay no ha tenido ni tiene en su ordenamiento jurídico un cuerpo orgánico de normas de DIPr, si bien ha incorporado en el Título Preliminar del CC –arts. 11 a 26– reglas generales de esta materia; sin embargo se encuentran dispersas en su cuerpo normativo diversas disposiciones de derecho internacional privado. El CC de la República del Paraguay ha sido sancionado por Ley N° 1183/1986 y sustituye al Código Civil de Vélez Sársfield (CC argentino) que fuera adoptado por Paraguay. Muchas de las instituciones del Código de Vélez han servido nuevamente de base al anteproyectista paraguayo Luis De Gásperi, cuyo trabajo fue adoptado para la reforma impulsada por la Comisión Nacional de Codificación, por lo que el ordenamiento jurídico paraguayo tiene una deuda de enorme gratitud intelectual con los ilustres juristas Vélez Sársfield y De Gásperi. Una de las innovaciones más importantes incorporadas por el CC ha sido la unificación de los Códigos Civil y de

Comercio en las ramas de obligaciones y contratos, siguiendo al CC italiano de 1942.

El CC ha previsto en el Título Preliminar las disposiciones de carácter general y común a todos los Libros en que se encuentra dividido. En el mismo se regulan: existencia, estado civil, capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas (arts. 11, 12 y 15 –igualdad entre el hombre y la mujer–); capacidad adquirida (art. 13); capacidad e incapacidad para adquirir derechos, objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios substanciales que éste pueda contener (art. 14); bienes (art. 16); derechos de crédito (art. 17); traslación de bienes (art. 18); derechos adquiridos por terceros (art. 19); derechos de propiedad industrial (art. 20); buques y aeronaves (art. 21); aplicación de oficio de las leyes extranjeras –salvo orden público, moral y buenas costumbres y ley nacional más favorable a la validez de los actos– (art. 22) (esta disposición ya estaba contemplada en el artículo 9 última parte del COJ, Ley N° 879/1981: "(L)a Ley Extranjera competente será aplicada de oficio por los Jueces y Tribunales de la República, sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar su existencia, contenido y vigencia"; forma de los actos jurídicos (arts. 23 y 24); sucesiones (art. 25); existencia y capacidad de las personas jurídicas constituidas en el extranjero (art. 26). Todas estas disposiciones establecidas como reglas de carácter general, son desarrolladas posteriormente en el CC en los diversos Libros en que está compuesto, y en las leyes especiales, como es el caso de las quiebras y convocatorias de acreedores que están previstas en la Ley N° 154/1969, con las modificaciones a dicha ley introducidas por el CC.

El CC ha sido objeto de diversas modificaciones, muchas de las cuales tienen directa vinculación con normas de referencia del DIPr o permiten tener una idea de la estructura actual del ordenamiento jurídico paraguayo. Entre las reglas más importantes, tenemos:

– *Familia*. La más importante modificación introducida al CC ha sido la realizada por la Ley N° 1 (15/7/1992), "De reforma parcial del Código Civil", que derogó los arts. 15, 49, 50, 137, 138, 139, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 212, 215, 218, 219, 220, 221, 222 y 224 del CC. Esta misma ley derogó la antigua Ley del matrimonio (2/8/1898), y la Ley N° 236 (6/9/1954) de los Derechos ci-

viles de la mujer, así como la Ley N° 1266 (4/11/1987) del Registro de estado civil. La Ley N° 985 (31/10/1996), por su parte, modificó el art. 12 de la Ley N° 1/92 de reforma parcial del Código Civil. La Ley N° 45/91 del (1/10/1991) estableció el divorcio vincular y modificó el artículo 163 del CC, derogando además las disposiciones que en este ámbito sean contrarias o se opongan a esta Ley.

– *Menores*. En cuanto a la minoridad, ya antes de la sanción del CC se había adoptado el Código del Menor por Ley N° 903 (18/12/1981). La Ley N° 204 (2/7/1993) modificatoria del Código Civil estableció la igualdad de los hijos en el derecho hereditario, modificando los artículos 2582, 2590 y 2591 del CC. Por Ley N° 995 (31/8/1964), se aprobó y ratificó el Convenio relativo a la edad de admisión de los niños a los trabajos no industriales, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su vigésima tercera reunión, celebrada en Ginebra, Suiza, el 3 de junio de 1937. De igual modo por Ley N° 57 (20/9/1990), fue aprobada y ratificada la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño. En el mismo campo la Ley N° 899 (31/7/1996) aprobó y ratificó la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. Por Ley N° 900 (31/7/1996) se aprobó el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, mientras que la Ley N° 109 (31/12/1992) estableció un orden de preferencia para la adopción plena. Finalmente se dictó la Ley N° 1136 (22/10/1997) "De adopciones". Debido al aumento de hechos de sustracción de menores, por Ley N° 928 (20/8/1996) se aprobó la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, y por Ley N° 983 (7/11/1996) se aprobó el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

– *Contratos*. La Ley N° 701 (28/9/1995) precisa el objeto de la prohibición de la venta con pacto de retroventa y el pacto de reventa, modificando el art. 770 CC. La Ley N° 194 (6/7/1993) aprobó con modificaciones el Decreto-Ley N° 7 (27/3/1991), por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

– *Propiedad intelectual*. Encontramos la Ley N° 1328 (15/10/1998), de derecho de autor y derechos conexos, que deroga varios artículos del Código de Organización Judicial y del CC; y la Ley de marcas N°

1294/1998, que también modifica y deroga varias normas hasta ese momento vigentes; existe asimismo un proyecto de Ley de invenciones, que substituiría a la Ley N° 773 (3/9/1995) para adecuarla a las reglas sobre Acuerdos de la propiedad intelectual relacionadas al comercio "ADPIC" celebrados en la Ronda Uruguay del GATT. El Paraguay es signatario de algunos importantes convenios internacionales sobre derechos de propiedad intelectual y, desde 1987, es miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Es además parte de tratados bilaterales que contienen disposiciones en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual. Desde 1969 el Paraguay ha firmado los siguientes convenios internacionales: la Convención de Roma sobre la protección de los organismos de radiodifusión (Ley N° 138/1969); el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la producción no autorizada de sus fonogramas (Ley 703/1978); el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Ley N° 12/1991); el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (Ley N° 300/1994); y el Acuerdo sobre los ADPIC (Ley N° 444/1994).

– *Sociedades*. El CC sufrió importantes modificaciones, a raíz de la Ley N° 388 (18/8/1994) que estableció reglas acerca de la constitución de las sociedades anónimas. Por Ley N° 1036 (23/4/1997) se crean y regulan las sociedades securizadoras y la Ley N° 1056 (24/6/1995) crea y regula las sociedades calificadoras de riesgo.

En cuanto a las normas de carácter procesal, se encuentran contempladas en el Código Procesal Civil (CPC), sancionado el 4/11/1985 y que entró a regir el 1/1/1987, derogando el antiguo Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial –Ley del 21/11/1883– y varias leyes complementarias. El CPC, en su art. 2 referido a la competencia de los jueces, dispone: "(L)a competencia de juez o tribunal en lo civil y comercial se determinará con arreglo a lo dispuesto por esta ley y por el Código de Organización Judicial y leyes especiales". En tanto que el art. 3 sobre el carácter de la competencia, dispone: "La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales", disposición que debe ser interpretada a fin de comprender el alcance de la aparente li-

mitación a la intervención de los jueces extranjeros. El CPC se ocupa en el art. 129 de las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras que se harán mediante exhortos. En el Título III de la ejecución de las resoluciones judiciales, destina el Capítulo II a la ejecución y eficacia de sentencias dictadas por tribunales extranjeros y el Libro V al proceso arbitral. Para las reglas de competencia previstas en el COJ, ver el Cap. 5.III.

46. El ordenamiento jurídico de la República del Paraguay, de acuerdo al art. 137° de la CN, ubica a ésta como la ley suprema de la República, la cual, junto con los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Por su parte, el art. 141 dispone que "(L)os tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman *parte del ordenamiento legal interno*". *Los Tratados relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución (art. 142).*

La Constitución paraguaya sancionada el 20 de junio de 1992, en sus disposiciones de carácter internacional es una de las más modernas y de avanzada en la región, al aceptar la existencia de un "orden jurídico supranacional" y estar abierta a la posibilidad de amplios lazos de integración. Su preámbulo señala que el pueblo paraguayo ratifica la soberanía e independencia nacionales pero integrado a la comunidad internacional, y el art. 145, establece: "(L)a República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso".

El art. 143 se ocupa de las relaciones internacionales, dejando expreso que la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 1) la independencia nacional; 2) la autodeterminación de los pueblos; 3) la igualdad jurídica entre los Estados; 4) la solidaridad y la cooperación in-

ternacionales; 5) la protección internacional de los derechos humanos; 6) la libre navegación de los ríos internacionales; 7) la no intervención; y 8) la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo. La iniciativa respecto del manejo de las relaciones internacionales corresponde al Poder Ejecutivo conforme al art. 238 inc. 7, pero es facultad del Poder Legislativo, de acuerdo al art. 222 inc. 9, aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo.

El art. 41 garantiza el derecho de tránsito y de residencia así como las condiciones para permanecer o radicarse en el país y remite a las leyes la residencia o radicación de los extranjeros. En cuanto a los derechos patrimoniales y económicos, el art. 109 garantiza la propiedad privada, que la declara inviolable, sólo sujeta a las limitaciones establecidas en la ley; atendiendo a su función económica y social a fin de hacerla accesible para todos. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social que será determinada en cada caso por ley, para tal caso se garantiza el previo pago de una justa indemnización. Siempre en términos de garantías a la propiedad, el art. 110 se refiere a los derechos de propiedad intelectual, disponiendo que todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley. En el art. 28 se ocupa de las señales de comunicación electromagnéticas que son en principio declaradas de dominio público del Estado y ligadas a la soberanía nacional, no obstante indica que promoverá su pleno empleo conforme los convenios internacionales. Sin embargo en su explotación la ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública, sin más limites que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas. Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás derechos establecidos en esta Constitución.

Con relación a los derechos económicos, el art. 107 se ocupa de uno de los más fundamentales, el de la libertad de concurrencia, y en este sentido, de acuerdo a la CN, toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado.

No será permitida la creación de monopolios y el alza o baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. En cuanto a la libre circulación de productos, el artículo 108 enuncia que los bienes de producción o fabricación nacional y los de procedencia extranjera introducidos legalmente, circularán libremente dentro del territorio de la República.

Estas disposiciones, entre otras, han motivado un profundo movimiento de modificación, adecuación y derogación de leyes. De igual modo, por influencia de la CN, han sido ratificados numerosos tratados y convenciones, y se han modificado disposiciones internas a fin de actualizarlas según los preceptos constitucionales, muchas vinculados al DIP y al DIPr.

4. Uruguay

47. En Uruguay el DIPr se encuentra desde 1941 sistematizado en un cuerpo orgánico de normas sintéticas, agregado por Ley N° 10.084, de 4/12/1941 como Apéndice del CC (arts. 2393 al 2405). Esta obra de Álvaro Vargas Guillemette se inscribe en esa primera etapa a que se hacía antes referencia, en que se utilizan principalmente los Códigos Civiles como sede de las normas de DIPr. En 1998, a iniciativa de Didier Opertti Badán, se creó por Resolución N° 652/1998 del Poder Ejecutivo uruguayo un Grupo de Trabajo por él presidido, con el cometido de elaborar "un anteproyecto de Ley de derecho internacional privado sustitutivo del Apéndice del Título Final del Código Civil de la República". Esta obra se inscribe dentro de la referida tendencia moderna.

Sostuvo Vargas Guillemette en la Exposición de Motivos de su proyecto de ley, que no tenía sentido la dualidad de criterios existente en muchos casos entre las escasas normas de DIPr dispersas en el CC y las soluciones de los Tratados de Montevideo de 1889 (los de 1940 todavía no habían sido ratificados por Uruguay), siendo necesario que la legislación local se ajustara a sus criterios y a los de la doctrina más recibida. Afirma textualmente: "(...) he condensado en pocos artículos, la sustancia jurídica de nuestra doctrina internacional. Así corresponde, para disposiciones normativas de carácter general, que incorporadas a nuestro Código Civil, han de ser luego aplicadas y desenvueltas por la jurisprudencia nacional. Su ín-

tima conexión con los principios sustentados por los tratados vigentes (los de Montevideo de 1889) y por los recientemente aprobados (los de 1940), tiene además la virtud de derivar a éstos, la fuente de interpretación de tales disposiciones". El proyecto que plasmó luego en el Apéndice del CC desempeña un papel fundamental ya que "(...) tiene disposiciones que se aplican no sólo al derecho civil, sino también normas de carácter general aplicables a toda nuestra legislación positiva", como se reconoció en el Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes, que agrega: "(...) la solución que se da al deber jurídico de cada Estado de fijar la norma de solución a los conflictos jurisdiccionales y establecer las disposiciones que deben de regir las relaciones jurídicas que afectan a más de un Estado, es sencillamente inobjetable (...)".

La jurisprudencia uruguaya se ha encargado, como anticipaba Vargas, de aplicar y desarrollar las referidas normas, como se analizará en los capítulos siguientes. Los jueces recurren habitualmente, frente a las lagunas o insuficiencias del DIPr nacional, a las soluciones de los tratados y convenciones internacionales por vía analógica, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, conforme al art. 16 del CC y cumpliendo el mandato del art. 15, que establece que los jueces no pueden dejar de fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Así por ejemplo, en el caso del buque San Martín I ("*Royal Insurance c/ Flash Cargo e Ivarans Rederi*", JP 31°, Sent. 30 de 1/8/1991, y JLC 9°, Sent. 1 de 3/2/1992, en *RTYS* N° 5, caso N° 70), el tribunal resolvió un litigio referido a un transporte multimodal entre Estados Unidos y Uruguay, aplicando por analogía las normas sobre transporte sucesivo unimodal y multimodal contenidas en el art. 15 del TMDComTI de Montevideo de 1940, y las normas sobre transporte aéreo sucesivo de la Convención de Varsovia.

La doctrina nacional y la jurisprudencia de la SCJ uruguaya (Sentencia N° 315/1984) han respaldado la tesis de que los principios enunciados en los TM, y más recientemente en las convenciones de CIDIP ratificadas por Uruguay, constituyen "doctrina más recibida" en nuestro país y pueden usarse como mecanismo válido de integración a efectos de cubrir lagunas en el derecho aplicable (Alfonsín, Tálice). Ello abre la posibilidad de su utilización en la aplicación del derecho en relaciones con países no ratificantes. La recepción de las soluciones de una convención

puede producirse también al recurrirse a los principios generales del derecho, a los usos del comercio internacional o *lex mercatoria*. Esta es posiblemente la hipótesis más difícil de encontrar en nuestra jurisprudencia, que en general es reacia a referirse a los usos comerciales sin una norma expresa de derecho positivo que la remita a ellos.

Uno de los pocos casos en que esta vía de razonamiento jurídico e integración del derecho fue seguida por el tribunal fue en la sentencia de segunda instancia dictada en el caso del buque Galia ("*La Mannheim c/ Euroflot*", JLC 1°, Sent. N° 60, de 6/3/1986; TAC 1°, Sent. N° 62, de 18/3/1987, en *RTYS* N° 1, caso N° 6). El tribunal consideró que a la luz de la Convención de Bruselas de 1926 sobre privilegios e hipotecas marítimas, el crédito marítimo por daños a la carga implicaba un derecho real contra el buque que seguía al mismo en cualquier mano que pasare (art. 8). A la fecha de dictarse la sentencia, la Convención había sido ratificada por Uruguay pero no por Chile, país de destino y cuyo derecho era aplicable conforme el DIPr nacional uruguayo (art. 2399 CC). El tribunal extendió la aplicación de la norma internacional referida, alegando la universalidad del carácter real de los créditos marítimos en los usos comerciales vigentes en todo el mundo, y agregando:

> "(...) no habiendo un derecho marítimo 'nacional' –obviamente con escasas posibilidades reales de no ser necesariamente un derecho 'internacional'– en el tráfico comercial moderno, el basamento último de las normas aplicables son los usos y costumbres con indiscutida tendencia a la unificación internacional, tal como así lo impulsaron la *International Law Association* y el Comité Marítimo Internacional, instituciones éstas que auspiciaron las Convenciones de York Amberes, de Bruselas, de Londres, etc., cada una en sus temas específicos".

48. Además de la llamada Ley Vargas o Apéndice del CC, existen algunas normas de DIPr (algunas de conflicto y otras materiales) dispersas en el CC, en el CCom y en leyes especiales. Cabe citar como ejemplo, en el CC, los siguientes artículos: art. 3, sobre obligatoriedad de las leyes sin distinción de nacionalidad; art. 6 sobre ley aplicable a la forma de los instrumentos públicos; art. 11 sobre orden público; arts. 21 a 23 sobre personas civiles; arts. 24 y ss. sobre domicilio de las personas; arts. 342, 352, 382, 390 y 453 sobre tutela y curatela; etc. En el CCom: arts. 4 y 31 so-

bre los comerciantes; arts. 296 y 297 sobre interpretación de las cláusulas de los contratos; art. 672 sobre compañías extranjeras de seguros; arts. 1021, 1032, 1942, 1104, sobre distintos temas de derecho marítimo; arts. 1270 y 1271 sobre contrato de fletamento; etc. En cuanto a las normas de DIPr contenidas en leyes especiales cabe citar los arts. 192 a 198 de la Ley N° 16.060 del 4/9/1989 sobre sociedades comerciales; la Ley N° 16.497 del 15/6/1994 sobre representantes de firmas extranjeras; el art. 46 de la Ley N° 16.749 del 30/5/1996 sobre mercado de valores; la Ley N° 15.441 sobre legalización de documentos extranjeros, etcétera.

En materia procesal, las normas de DIPr han sido sistematizadas en forma orgánica por los profesores Opertti Badán y Tellechea Bergmann, en el Código General del Proceso (aprobado por Ley N° 15.982, del 18/10/1998), fundamentalmente en el Título X, sobre normas procesales internacionales (artículos 524 a 543), que regula los principios generales, la cooperación judicial internacional, la cooperación cautelar, y el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Además, el art. 13 refiere a la aplicación de la norma procesal en el espacio, el art. 16 a la indisponibilidad de las normas procesales, el art. 65 al idioma, el art. 91 a las comunicaciones internacionales, el art. 126 al emplazamiento fuera del país, el art. 143 a la prueba del derecho, el art. 163 a la declaración por informe, el art. 433 a la noticia a los agentes extranjeros, el art. 495 al domicilio en el extranjero y el art. 502 sobre ejecución del arbitraje extranjero. Las referidas normas recogen básicamente las soluciones de las Convenciones interamericanas sobre temas procesales, a excepción de la disposición en materia competencia indirecta, en que el art. 539.1.4 se aparta de la solución del art. 2.d) de la Convención de 1979 sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales.

49. La Constitución uruguaya vigente (de 1967) no proporciona solución expresa con relación al problema de la preeminencia o no del derecho internacional sobre el derecho interno, ni con respecto al derecho comunitario en relación con los dos anteriores (Arrighi, Esteva Gallicchio). El art. 6 es una norma programática, sin efectos vinculantes; habilita a suscribir tratados de integración económica con otros países latinoamericanos, aunque aun sin dicha norma expresa el gobierno podría celebrar ese tipo de tratados. En palabras de Gonzalo Aguirre: "Nuestra Carta ig-

nora olímpicamente la cuestión y, por consiguiente, no es posible transferir competencias constitucionales inherentes a los poderes de soberanía, en favor de instituciones supranacionales. Tampoco está establecida la supremacía jerárquica de los tratados respecto de la legislación interna. Consiguientemente, en la órbita judicial dicha primacía puede ser desconocida". Cita a continuación la sentencia de la SCJ uruguaya N° 25/1990, redactada por García Otero, aceptando la tesis de que "la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación", y la considera errónea, juicio que compartimos.

El fundamento de esta crítica radica en que "una ley contraria a un tratado en vigor es un acto contrario a la Constitución, ilegítima, pues ésta ha facultado al Poder Ejecutivo a suscribir y ratificar tratados, con autorización parlamentaria, sabiendo que éstos son normas de derecho internacional que obligan al gobierno nacional, que se rigen por dicho derecho y que sólo se extinguen en los casos y por los procedimientos por éste previstos" (Aguirre). Agrega que "en consecuencia, no tiene sentido plantearse si el tratado tiene valor y fuerza mayores, iguales o menores que los de la ley. El tratado tiene el valor y la fuerza que le da el derecho internacional –y éste no puede desconocerse por la legislación interna– desde que la propia Constitución consagra la validez de las obligaciones contraídas por tratado". Y concluye que los tratados contrarios a la Constitución vigente no son válidos, porque las reglas sobre competencia para celebrar tratados se delegan a la Constitución de cada Estado, estableciendo limitaciones formales y sustanciales.

50. En el campo del derecho aplicable en cambio, encontramos, como antes se ha dicho, dos normas –una de fuente interna y otra internacional– que abordan el problema de la identificación de la fuente aplicable: el art. 524 del CGP y el art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP-II). Establecen que frente a un caso iusprivatista internacional o de tráfico jurídico externo, recurriendo a las distintas expresiones utilizadas por la doctrina para referir a los casos que trascienden las fronteras de un solo Estado, el aplicador del derecho debe indagar en primer lugar si existe dentro de su orden jurídico un tratado o convención internacional sobre la materia de que se trate y que vincule a los Estados involucrados

en el caso. Es decir que si dicha normativa internacional existe y resulta aplicable al caso por caer éste dentro de su ámbito de aplicación espacial, material y temporal (Rigaux), se aplicará ésta y no la de fuente interna, por una razón de competencia y especialidad.

III. Dimensión convencional

1. Problemas generados por la "internacionalización" de los sistemas de DIPr

51. La presencia de las normas de origen convencional en los sistemas de DIPr –el *primer ingrediente de complejidad*– provoca una serie de problemas que se pueden organizar en dos grandes bloques: el que abarca los vínculos y los condicionamientos recíprocos entre las normas convencionales y las estatales, y el que se refiere a la enorme diversidad material, espacial y técnica de los convenios y a sus relaciones entre sí.

52. El primero de esos bloques acaba de ser comentado respecto de la dimensión autónoma de cada ordenamiento mercosureño, pero vale la pena subrayar que la influencia que despliegan las normas convencionales sobre las normas estatales de DIPr no debe cifrarse exclusivamente en la facilidad para la incorporación de los tratados a los ordenamientos internos, en el número de tratados vigentes ni tampoco en la jerarquía supralegal reconocida al derecho internacional. Ante todo debe tenerse muy en cuenta que la influencia real se nota en la práctica cotidiana de los tribunales y que muchas convenciones vigentes junto a un sistema constitucional de avanzada no garantizan de por sí, la aplicación efectiva de las normas convencionales.

Pero hay, en la otra cara de la moneda, otro elemento relevante a tener en cuenta, que pasa por la influencia de las soluciones convencionales fuera del cauce de su incorporación a los ordenamientos estatales. Una de las formas que reviste esta influencia es la de inspiración de las reformas legislativas operadas en la dimensión autónoma. En efecto, no es para nada extraño que las modificaciones legislativas estatales vengan informadas por los criterios consagrados en la esfera internacional, incluso en

esferas "ajenas". Todas las reformas de los sistemas de DIPr latinoamericanos en los últimos años han seguido esta premisa, en particular respecto de la obra de la CIDIP, lo cual constituye uno de los méritos más notable de ésta. Otro mecanismo que tienen las convenciones para hacerse presentes en el ámbito estatal es, como se ha mencionado expresamente para Argentina y Uruguay, el de la aplicación de sus preceptos no como normas directamente aplicables sino a título de "doctrina más recibida". Finalmente, existe un mecanismo que no es habitual en los sistemas latinoamericanos pero que se ha utilizado en otros países. Se trata de la incorporación del texto convencional por referencia, que consiste en extender la aplicación de dicho texto a todos los supuestos posibles. Así, la Ley italiana de DIPr de 1995 en lugar de establecer, por ejemplo, normas de jurisdicción internacional, declara "en todo caso aplicable" las normas correspondientes de la Convención de Bruselas de 1968 que regula la jurisdicción y el reconocimiento en materia civil y comercial.

53. Respecto del segundo bloque de problemas, son muchísimas las cosas que pueden decirse, pero intentaremos ser concisos, ciñéndonos al espíritu y al ámbito propio de este trabajo, y remitiéndonos a las obras generales sobre derecho de los tratados en todo lo que sea menester. El auge de la cooperación internacional, al que hacíamos alusión en el capítulo 1.IV.3, ha provocado una verdadera explosión convencional. El número de convenciones internacionales sobre DIPr, elaboradas tanto en el ámbito de organizaciones internacionales como más o menos espontáneamente entre dos o más Estados, no para de crecer. Y en América Latina, ya desde el siglo XIX tenemos una especial tendencia a concluir tratados internacionales sobre los más variados temas de DIP y de DIPr. Con todo, no es la cantidad sino las divergencias cualitativas lo que agudiza la complejidad de la dimensión convencional.

Al respecto, es preciso señalar que en rigor no resulta apropiado hablar del "sistema" (o subsistema) convencional de tal o cual país, ya que esa palabra sugiere la idea (engañosa en este caso) de un orden coherente. Lo que existe en cada ordenamiento estatal es un número creciente de convenios internacionales, todos diferentes entre sí, cuya presencia genera una larga lista de cuestiones que, sin ánimo exhaustivo, enumeramos a continuación:

(1) Hoy por hoy, existen convenciones relativas a todos los sectores del DIPr; incluso no es nada raro que en un mismo texto se reglamenten cuestiones vinculadas con los distintos sectores. Ya los TM mezclaban normas de derecho aplicable con normas de jurisdicción internacional, cosa que también sucede, en el ámbito mercosureño, en el Protocolo de San Luis sobre accidentes. Las convenciones de la Conferencia de La Haya sobre protección de menores (1996) e incapaces mayores (1999), regulan a la vez jurisdicción internacional, derecho aplicable, reconocimiento de decisiones y cooperación internacional; es decir, cubren todos los sectores.

(2) La tarea de determinar si realmente un supuesto práctico cae dentro del ámbito de aplicación de una convención puede presentarse muy complicada. Es sabido que en toda convención se definen, con mayor o menor precisión, las diferentes dimensiones de dicho ámbito: material (¿a qué cuestiones?), temporal (¿a partir de cuándo?), personal (¿a quiénes?) y espacial (¿a las relaciones vinculadas con qué países?). Esto que es muy fácil de decir en abstracto suele convertirse en una complicada tarea en la práctica. Y debe tenerse en cuenta que considerar aplicable o no a una convención puede hacer variar radicalmente el resultado del caso, debido a las diferencias entre las soluciones convencionales y autónomas.

(3) En un gran número de países coexisten varias convenciones vigentes referidas total o parcialmente a la misma materia (como pasa en nuestros países con algunas normas presentes en los TM y en las convenciones de la CIDIP), caldo de cultivo para el llamado conflicto de convenciones. Para su resolución debe echarse mano de las propias previsiones de éstas (cláusulas de compatibilidad) y en ausencia, insuficiencia o contradicción de las mismas, a las reglas generales de derecho de los tratados, tarea que tampoco está exenta de graves dificultades interpretativas.

(4) La definición del ámbito espacial de aplicación presenta algunos problemas particulares con la utilización de la técnica de las llamadas convenciones *erga omnes* o de alcance universal. Para explicarlo fácilmente, lo universal en esta clase de convenciones es precisamente su ámbito espacial. Esto significa que las mismas se aplican con independencia de cuáles sean los demás países vinculados con el caso, a diferencia de otras convenciones que se aplican exclusivamente a supuestos conectados con otros Estados parte (las cuales suelen nombrarse como con-

venciones sujetas a reciprocidad) o que cuentan con una delimitación específica de su ámbito espacial de aplicación. Las convenciones *erga omnes* tienen un gran efecto unificador ya que, cuando se cumplen las demás dimensiones del ámbito de aplicación (material, temporal, personal), evitan la aplicación de las normas correspondientes de la dimensión autónoma. Si la convención se aplica a *todos* los casos, no quedan casos para las normas de fuente interna.

2. La importancia fundamental de la CIDIP y sus contrapesos

54. Los Estados americanos concretaron a partir de 1975 una nueva etapa en su actitud global frente a la codificación del DIPr, al reunirse en la que sería la primera CIDIP (Panamá, 1975). La idea fuerza fundamental pasaba en ese momento por el inicio de un proceso de modernización del DIPr interamericano que permitiera a la vez superar la dicotomía que se había instalado entre los países latinoamericanos entre tributarios de los TM y del CB. Más de un cuarto de siglo después podemos decir que, sin pecar de excesiva indulgencia, la CIDIP ha cumplido bastante bien con ambas caras de aquella idea fuerza. Seis ediciones de la Conferencia (Montevideo –1979 y 1989–, La Paz –1984–, México DF –1994– y Washington –2002–) han dejado un poso de veintiuna convenciones interamericanas, dos protocolos adicionales, una ley modelo y un documento uniforme, con unos cuadros de vigencia envidiables aunque la aplicación práctica sigue sin dar el salto hacia adelante definitivo.

55. Es importante notar, sin embargo, que la vigencia y el enraizamiento que en varios Estados miembros de la OEA tienen los TM y el CB muchas veces dificultan los denodados esfuerzos para avanzar por el camino elegido para la codificación americana en el último cuarto de siglo. Se ha dicho en este sentido, con meridiano acierto, que resulta mucho más fácil emprender la tarea de unificar y codificar una rama del derecho cuando nada se ha construido todavía que intentar la conciliación de divergencias profundas o armonizar sistemas jurídicos en oposición flagrante (Caicedo Castilla, Villela). El apego a la propia regulación estatal de DIPr no ha pesado tanto en algunos países como el interés en

mantener o, en el mejor de los casos, extender los criterios y las soluciones tradicionales de los instrumentos multilaterales americanos. A lo largo de las sucesivas reuniones de la Conferencia, especial pero no exclusivamente en las primeras, se ha podido comprobar la validez de estas afirmaciones, toda vez que el obstáculo mencionado ha salido a la luz en repetidas ocasiones, ora frenando proyectos en estudio o elaboración, ora imponiendo actitudes o soluciones algunas veces poco fructíferas y difícilmente justificables.

Pero no hay que ver el peso de la tradición sólo en la redacción final de las convenciones interamericanas o en las discusiones suscitadas en el transcurso de su elaboración. La actitud que cada Estado toma cuando se plantea su incorporación a los textos de CIDIP también puede ser, en algunos casos, una manifestación del mismo fenómeno. Un ejemplo de actualidad al respecto se produce en relación con la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V. No era del todo imprevisible que el amplio margen otorgado a la autonomía de la voluntad (arts. 7 y 8), sin restricciones para los contratos con parte débil, y la flexibilidad de la solución acuñada para los supuestos en los que la autonomía no se ejerce del modo previsto en esas normas, provocara algunas reticencias. Así ha ocurrido en Uruguay, donde la doctrina ha mostrado su preocupación sobre ambas cuestiones, trayendo a colación las soluciones de los TM (Opertti Badán / Fresnedo de Aguirre).

Debe quedar muy claro que actitudes como estas no son siempre injustificadas. Lo novedoso no implica *per se* mejoría o progreso, entre otras cosas, porque a veces ni siquiera es novedoso. Nada obliga a un Estado a incorporarse sin reservas a una nueva convención por el solo hecho de no quedar fuera de un pretendido proceso modernizador. Al contrario, las decisiones deben tomarse a la vista de las normas concretas elaboradas en cada caso. Pero resulta obvio que en lugar de aferrarse a lo "malo conocido" (que, es preciso decirlo, no siempre es tan malo), parece más sensato trabajar para mejorar las soluciones de lo "bueno por conocer". De no actuarse así se corre el riesgo de no aprovechar las situaciones propicias, que no son muchas en los procesos de codificación internacional, para adecuar la reglamentación a realidades que pueden haberse modificado sustancialmente.

56. La cuestión no se agota en estas consideraciones, sino que se extiende hacia otros elementos dignos de tenerse en cuenta. De un lado, no habiendo duda sobre la traba que supone el excesivo respeto a las antiguas codificaciones, debe llamarse la atención aun sobre el agudizamiento de las dificultades constituido por la participación en la obra unificadora de nuevo cuño de países pertenecientes a distintas familias jurídicas. De otro, cobra importancia la carencia de un criterio unívoco a la hora de elaborar las normas destinadas a resolver los eventuales problemas de delimitación entre las disposiciones contenidas en las convenciones de la CIDIP y las que, referidas a las mismas materias, forman parte de los TM y del CB (Santos Belandro). Aquél es un problema plagado de factores técnicos, históricos y políticos. Éste comporta una consecuencia directa del tema en análisis, aunque admite también una lectura más vasta, dedicada al estudio de la relación entre las convenciones interamericanas de DIPr y todos los otros instrumentos multilaterales y bilaterales reguladores del tráfico privado externo a los que se encuentran vinculados los países americanos.

3. La dimensión convencional en los países del MERCOSUR

57. Es preciso recordar que cuando entró en vigor el TA la reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo entre los Estados parte presentaba ya un vasto y secular desarrollo. El problema era su carácter asimétrico. Por un lado se encontraban Argentina, Uruguay y Paraguay, países vinculados jurídicamente a través de los Tratados de Montevideo de 1939/1940 (los tratados de 1939/1940 sobre asilo y refugio político, derecho penal, y propiedad intelectual sólo fueron ratificados por Paraguay y Uruguay; en esas materias, respecto de Argentina, rigen en lo pertinente las reglas de 1889) y de todas las convenciones interamericanas aprobadas en las CIDIP I y II, con la excepción, respecto de Argentina, de las relativas al arbitraje comercial internacional (que ratificó después, en 1995), al cheque (CIDIP I y II) y al domicilio de las personas físicas. Es decir que las relaciones de tráfico privado externo conectadas con estos países no sólo estaban regidas por los omnicomprensivos TM, sino también por los textos de la CIDIP sobre letras de cambio, exhortos, recepción de pruebas, poderes, normas generales de

DIPr, sociedades mercantiles, información acerca del derecho extranjero, eficacia extraterritorial de sentencias y medidas cautelares.

Lo singular era la situación de Brasil, que se presentaba en 1991 como uno de los países ratificantes (con reservas) del CB, a la vez que se mantenía totalmente al margen de los resultados de la CIDIP, lo que constituía una manifestación de una política global refractaria a la incorporación a convenios multilaterales. Pero, créase o no, su presencia en el MERCOSUR logró modificar dicha política. En la actualidad, Brasil ha ratificado las convenciones interamericanas sobre exhortos (y su protocolo), poderes, arbitraje, normas generales de DIPr, sociedades mercantiles, información acerca del derecho extranjero y eficacia extraterritorial de sentencias, materias todas en las cuales puede decirse que existe, por lo tanto, un DIPr (heterónomo) del MERCOSUR. Lo llamativo es que Brasil ha ido todavía más allá, ya que no sólo ha ratificado además la convención relativa al cheque de la CIDIP II (mediante la cual se vincula con Paraguay y Uruguay), sino que se ha convertido en el Estado mercosureño que ha ratificado más convenciones de las CIDIP III (convenciones sobre adopción de menores y sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas), IV (convenciones sobre restitución de menores –también ratificada por Argentina y Paraguay– y obligaciones alimentarias –también ratificada por Paraguay–) y V (convención sobre tráfico internacional de menores –ratificada por los cuatro Estados mercosureños–).

58. A pesar de su importancia y de su "proximidad", los TM, el CB y las convenciones interamericanas, no son los únicos textos internacionales de DIPr vigentes en los países del MERCOSUR. Por el contrario, los Estados mercosureños se han incorporado a convenciones de DIPr elaboradas por organismos como la Conferencia de La Haya o la ONU, al mismo tiempo que han celebrado una gran cantidad de acuerdos bilaterales entre sí o con otros Estados. Es por esta situación que decimos que dentro del MERCOSUR coexiste un "DIPr mercosureño *stricto sensu*" o "autónomo" (el generado por el CMC) y un "DIPr mercosureño *lato sensu*" o "heterónomo", conformado por los convenios provenientes de distintas fuentes que están vigentes en los cuatro países. Aquí no sólo encontraremos las convenciones interamericanas mencionadas en el párrafo anterior sino también un texto muy significativo como es la

Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 1980. Otros textos "heterónomos" están vigentes en algunos pero no en todos los Estados del MERCOSUR. Entre ellos, el caso más llamativo es, a nuestro juicio, el de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (ONU), inexplicablemente aún no vigente en Brasil (situación que comparte en Sudamérica sólo con Surinam y Guyana, y entre los países latinoamericanos sólo con Nicaragua y República Dominicana).

Todas estas normas más las del MERCOSUR que veremos a continuación han desembocado en una situación de abundancia normativa, con muchos casos de superposición de fuentes sobre las mismas materias, que hacen de la tarea de determinación de la normativa de DIPr aplicable una misión, si no imposible, bastante compleja. Esto ha llevado a renombrados especialistas a plantear propuestas para racionalizar dicha producción jurídica. Así, por ejemplo, Didier Opertti Badán ha señalado que "no podemos hacer del MERCOSUR una usina en paralelo, codificadora de DIPr (...) el MERCOSUR, en orden al desarrollo jurídico, debería trabajar en la composición de un derecho material uniforme para los cuatro países en los temas de interés específico", haciendo que "el proceso de codificación mercosureña responda realmente a las necesidades propias de este proceso".

IV. Dimensión institucional mercosureña

1. El MERCOSUR como nueva fuente de DIPr

A) Caracterización y problemas del DIPr del MERCOSUR

59. La elaboración de normas de DIPr por parte del MERCOSUR sólo cuenta con una base legal muy escueta aunque ha dado mucho de sí. En efecto, el último párrafo del art. 1° del TA es muy laxo al establecer que el Mercado Común implica "el compromiso de los Estados parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración". Quiere decir que si en cualquier momento se estima que algún aspecto de DIPr constituye un "área per-

tinente" en el sentido indicado, procede su reglamentación. Y parece que no hay dudas acerca de que así lo han considerado los órganos del MERCOSUR.

Hasta ahora se ha visto que las materias elegidas para su reglamentación dependen de la voluntad consensuada de los gobiernos en cada momento, y esa voluntad puede referirse a cuestiones muy variadas, aunque poco o nada tengan que ver con el marco comercial y económico de la integración. Esta carencia de límites materiales, que difícilmente podrá mantenerse si los Estados mercosureños deciden el paso de la estructura intergubernamental a otra supranacional, puede utilizarse de variadas maneras. Por ejemplo, para recomendar la incorporación de los Estados parte a determinado texto convencional. Ahora bien, si dichas recomendaciones se canalizan como decisiones (CMC) o como resoluciones (GMC), hay algo que no cuadra: el carácter obligatorio de estas normas. ¿Cómo puede ser obligatoria una norma que se limita a recomendar? Y si la norma, en lugar de sólo recomendar, impone la obligación (más acorde a su propio carácter) de incorporarse a la convención, ¿sería congruente tal imposición con el actual marco intergubernamental? La discusión no es meramente teórica; refleja lo que ha sucedido con la Dec. 6/1992 del CMC mediante la cual se recomendó la incorporación de los Estados del MERCOSUR a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989 (CIDIP IV) y que fuera atendida sólo por Brasil y Paraguay. Pues bien, el CMC aprobó después la Dec. 6/2000 (Dec. 7/2000 para el MERCOSUR y sus asociados) "Complementación del Plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional en materia de tráfico de menores", la cual, entre otros extremos, establece que "(A)quellos Estados parte o Asociados que no hubieren ratificado alguna de ellas (se refiere a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y a la mencionada Convención interamericana), deberán* realizar las acciones internas para su pronta ratificación y vigencia". La "dureza" de la nueva Decisión (que a ojos vista no es una simple recomendación) hizo mella en Argentina, que finalmente ha ratificado la citada Convención de la CIDIP.

* Texto en negrita destacado por el autor. (N. del e.).

60. En sus pocos años de vigencia, el MERCOSUR ha generado una frondosa red de textos de DIPr. Ya desde poco tiempo después de su constitución el MERCOSUR empezó a incursionar por los terrenos del DIPr, centrándose en la elaboración de textos relativos a todas las materias que componen lo que tradicionalmente se ha llamado derecho procesal civil internacional: la jurisdicción internacional, el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras y los problemas procesales que se plantean en torno a la situación privada internacional (extranjería procesal y asistencia judicial internacional). Concretamente, las cuestiones reguladas por el MERCOSUR fueron el reconocimiento y la ejecución de decisiones y el auxilio judicial internacional (Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa –1992–), la jurisdicción internacional en materia contractual (Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual –1994–) y las medidas cautelares (Protocolo de medidas cautelares, hecho en Ouro Preto –1994–).

En el primer semestre de 1996 se aprobó el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados parte del MERCOSUR, que contiene, además de los criterios para determinar el juez competente para tales supuestos, el derecho que los jueces deben aplicar en cada caso. En el segundo semestre del mismo año se adoptó el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, que viene a completar de algún modo el Protocolo de Buenos Aires antes mencionado, estableciendo foros de competencia específicos para este particular tipo de relaciones. Esta política de "complementación" de los instrumentos procesales se continuó en 1997, con la elaboración del Acuerdo complementario al Protocolo de medidas cautelares y el Acuerdo complementario al Protocolo de Las Leñas, que unifican los formularios para la aplicación de aquéllos.

En 1998 este marco normativo se amplió con la adopción en Buenos Aires del Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR (cabe consignar que paralelamente a la aprobación de este Acuerdo se estableció otro, de idéntico tenor, entre los cuatro Estados del MERCOSUR y los dos Estados asociados, Bolivia y Chile).

Ya en 2002, el DIPr volvió a estar al orden del día. Por un lado se aprobó la Dec. 7/2002 del CMC enmendando el Protocolo de Las Leñas

de 1992, y se extendió el sistema a los Estados asociados mediante la aprobación del Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados parte del MERCOSUR y las Repúblicas de Bolivia y de Chile (Dec. 8/2002). Por otro lado, se aprobó el Acuerdo sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados parte del MERCOSUR, y otro idéntico para las relaciones entre estos países y los Estados asociados (Decs. 11 y 12/2002).

De todo lo anterior se extrae un sistema importante, aunque poco sistemático. Y todo esto dejando de lado otras normas que también pueden considerarse al menos parcialmente de DIPr, como las que contienen disposiciones materiales relativas a transporte multimodal (en el Anexo II, el Acuerdo de transporte multimodal incorpora normas de jurisdicción internacional –ver Cap. 4.II.4–), a inversiones extranjeras o a defensa de la competencia.

B) Alcance de la influencia de la CIDIP

61. Ciñéndonos exclusivamente al DIPr mercosureño *stricto sensu*, es posible afirmar que sus normas se mueven entre dos pautas de acción: el respeto al *background* convencional (fundamentalmente el constituido por las convenciones interamericanas) y la innovación informada por la novedad del hecho integrativo. Con esto queremos decir que si por un lado buena parte de los textos de DIPr del MERCOSUR reproducen los criterios y mecanismos de cooperación pergeñados por la CIDIP al ocuparse de los mismos temas, por otro lado hay algunos elementos novedosos, en principio positivos, incluso dentro de esas materias.

Así, por ejemplo, la influencia de la obra de la CIDIP (e, indirectamente, la de la Conferencia de La Haya de DIPr) se deja sentir en la consagración de la figura de la Autoridad central como órgano encargado de canalizar la cooperación internacional. El Protocolo de Las Leñas, por su parte, barre, matiza y resume toda una serie de normas contenidas en las convenciones interamericanas sobre exhortos (téngase en cuenta que ya el art. 14 de la convención sobre exhortos –al igual que el art. 17 de la convención sobre medidas cautelares– preveía la posibilidad de que los países participantes en un proceso de integración acordaran mecanismos "más

expeditos"), recepción de pruebas en el extranjero, eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales e información acerca del derecho extranjero. La huella de la CIDIP es más tenue, en cambio, en el Protocolo sobre medidas cautelares y en el Acuerdo de arbitraje.

62. Pero no parece aventurado afirmar que el MERCOSUR no se ha esmerado demasiado en organizar adecuadamente las relaciones entre los textos provenientes de los distintos ámbitos de producción jurídica. Una rápida ojeada sobre la actitud del "legislador" mercosureño a la hora de establecer las cláusulas de compatibilidad de sus regulaciones de DIPr sirve para corroborar tal impresión:

(1) El Protocolo de Las Leñas, que se ocupa de cuestiones en general reguladas por algunas de las convenciones interamericanas que configuran la *dimensión heterónoma*, dice que él "no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados parte en tanto no lo contradigan" (art. 35). Esta norma ha sido modificada recientemente por el Acuerdo que enmienda el Protocolo (Dec. 7/2002 CMC), sustituyendo "en tanto no lo contradigan" por "en tanto sean más beneficiosas para la cooperación".

(2) El Protocolo de medidas cautelares hecho en Ouro Preto, cuya convención "madre" –elaborada en la CIDIP II– no ha sido ratificado por Brasil, contiene una cláusula que permite la aplicación de normas más favorables presentes "en otras convenciones sobre medidas cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados parte" (art. 26).

(3) El Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, que regula una materia sólo parcialmente cubierta por una convención de la CIDIP III ratificada exclusivamente por México, se abstiene de introducir una cláusula de compatibilidad.

(4) El Acuerdo de arbitraje, se remite a los siguientes textos:

(A) a fin de rellenar las posibles lagunas procedimentales en el arbitraje *ad hoc*, a las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (art. 12.2);

(B) con carácter general, a los principios y reglas de la Ley Modelo sobre arbitraje de UNCITRAL de 1985 (seguida muy de cerca por el Acuerdo) (art. 25.3);

(C) en lo relativo al diligenciamiento de las medidas cautelares, al Protocolo sobre esa materia elaborado en Ouro Preto (art. 19.4);

(D) a los efectos de la ejecución del laudo arbitral, a la Convención de Panamá de 1975 (CIDIP I), al Protocolo de Las Leñas y a la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos (CIDIP II), "en lo que fuera pertinente" (art. 23).

Después de todo eso, el Acuerdo establece una cláusula de compatibilidad de carácter abierto del mismo tenor que la del Protocolo de Las Leñas (art. 26.2), que viene a agregar implícitamente en la lista de remisiones a la Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958.

63. Todo lo mencionado hasta ahora es un campo fértil para el florecimiento de muchas reflexiones. Pero al menos déjesenos decir que aunque creyéramos que todas las normas de DIPr elaboradas por el MERCOSUR eran indispensables, no podríamos dejar de llamar la atención sobre los descuidos que se deslizan al construir las cláusulas de compatibilidad. No sólo nos referimos a sus vaguedades, las cuales podrían salvarse sin ninguna dificultad ya que todos saben cuáles son las convenciones que eventualmente concurrirán con las del MERCOSUR. Hablamos también acerca de que el apego al pasado, a lo que ya existe, provoca que las cláusulas mencionadas se refieran a convenciones "suscritas anteriormente", "en vigor", "vigentes", fijación que conduce a no realizar una profilaxis respecto de disposiciones convencionales futuras (cosa que sí se suele realizar en las convenciones de la CIDIP), ya sea que provengan de la CIDIP o de otros foros de codificación. Un caso problemático se daría –entre muchos otros ejemplos– si la Conferencia de La Haya finalmente logra aprobar una convención "mundial" sobre jurisdicción y reconocimiento de decisiones y algunos de los países del MERCOSUR se incorporan a la misma.

C) Claroscuros del DIPr mercosureño

64. Más allá de los problemas que, aunque pueden provocar incerteza en el operador jurídico y hasta arbitrariedades de parte de quienes tienen la potestad de dirimir sus litigios, no dejan de ser meras cuestiones de técnica jurídica, resulta llamativo en algunos casos el reflejo de la de-

cisión política subyacente. El caso del Acuerdo de arbitraje de 1998 es el más reciente y tal vez el más significativo. Se crea un mecanismo para la solución de controversias entre particulares, para el cual había ya múltiples normas en vigor, en lugar de establecer algo que realmente se necesita: un sistema que garantice de verdad el acceso de los particulares (personas físicas o jurídicas) a la justicia en los supuestos de controversias con los Estados mercosureños, que a fines de 2002 seguía sin existir. Nos referimos a un sistema que permita a los particulares reclamar con alguna probabilidad de éxito frente a incumplimientos por parte de los Estados de las obligaciones por ellos asumidas, condiciones que no parece que vayan a poder cumplirse con el Protocolo de Olivos.

65. Pero, sin embargo, el problema relevante no está en el por qué sino en el cómo. Aquí sí que se precisa alguna rectificación. Todos los textos de DIPr del MERCOSUR (varios Protocolos y sus complementos y enmiendas, el Acuerdo de arbitraje y el Acuerdo de jurisdicción en materia de contrato de transporte recientemente aprobado) han sido adoptados por el CMC, que legisla mediante "decisiones". El procedimiento para la adopción de una decisión puede tener su origen en una propuesta de un Estado parte, del GMC o de la Reunión de Ministros de Justicia. Todas las que se refieren al DIPr han pasado por esta última instancia que en realidad sólo refrenda lo realizado en el seno de un grupo llamado Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia (o cometidos de Justicia, ya que Uruguay carece de ese Ministerio, apareciendo en la firma de los documentos su Ministro de Educación y Cultura, a cuyo departamento corresponde esa materia). Es de suponer que los miembros de dicha Comisión ejecutan los mandatos decididos por los respectivos responsables políticos y que sólo prestan sus conocimientos técnicos. Hasta ahí no hay ninguna objeción. El problema es el secretismo que rodea a sus trabajos y la ausencia de reglas claras para la consulta de expertos externos. Las normas que se aprueban tienen muchísima trascendencia como para ser decididas en plazos muy breves por muy pocas personas que algunas veces consultan a algunos especialistas de su conocimiento. Repárese en el dato nada banal de que los textos se aprueban –primero por la Reunión de Ministros y después por el CMC– tal como salen de dicha Comisión. Si otro fuera el talante y otro el pro-

cedimiento, es probable que al menos se evitasen buena parte de las falencias técnicas de los mismos.

66. Con todo, no puede dejar de reconocerse que estas normas de DIPr del MERCOSUR, cuyo contenido u oportunidad deben criticarse cuando se considere pertinente, han cumplido un importante papel en cuanto manifestación más visible del poder legiferante del MERCOSUR. En este sentido, cabe decir que dichas normas han servido para reforzar el perfil "institucional" del organismo de integración, aun cuando, paradójicamente, el modelo en que se han inspirado la mayoría de las veces no corresponda a un proceso de integración. Es verdad que las dudas acerca de la obligatoriedad real de la normativa mercosureña (no obstante el evidente establecimiento de tal carácter en el POP) siguen hallando sustento en la falta de una base constitucional propicia y homogénea en los Estados parte. Pero el tenor de algunas de las manifestaciones vertidas en los laudos arbitrales dictados dentro del sistema de solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR abre, sin menospreciar los matices del caso, un camino que puede llegar a ser bastante alentador.

Por ejemplo, en el resultando 85.iii del *Primer laudo* puede leerse: "(L)os instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aun en ausencia de normas de carácter supranacional". No desconocemos el carácter limitado (no *erga omnes*) que tienen las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales del MERCOSUR, ni que el laudo que mencionamos ni siquiera trata sobre las reglas mercosureñas de DIPr, pero confiamos en la autoridad didáctica del mismo, autoridad que acaso se fortalezca cuando comience a funcionar el nuevo sistema pergeñado en el Protocolo de Olivos de febrero de 2002 (Dreyzin de Klor).

67. Como corolario de este desarrollo, parece oportuno comentar que el estudio minucioso de toda la evolución de la codificación del DIPr en América desde sus orígenes, nos deja firmemente persuadidos de que la proliferación de normas convencionales sobre la misma materia suele crear un marco de inseguridad e ineficacia jurídicas que está en directa

relación con el número de dichas normas. Admitimos que tal persuasión debe ser necesariamente matizada para adecuarse a cada realidad particular pero, en general, mantiene su validez. Por eso, a la luz de lo expuesto, simplemente cabe preguntarse si todas las normas creadas en el seno del MERCOSUR eran indispensables o si algunas se podrían haber ahorrado. Si de lo que se trataba era de construir el puente para romper el "aislamiento jurídico" de Brasil, en la mayoría de los casos se podían haber utilizado las normas que ya existían. De hecho, salvo en el caso de la Convención interamericana sobre medidas cautelares, Brasil no ha tenido especiales problemas en incorporarse a la obra de CIDIP, como quedó demostrado.

Al afirmarse esto no se quiere restar legitimidad al MERCOSUR para elaborar su propio sistema normativo, nada más lejos de nuestro ánimo. Al contrario, está fuera de toda duda que el MERCOSUR puede y debe, en cuanto producto de la suma de las voluntades soberanas de los Estados que lo componen, crear los modelos jurídico/institucional y económico/comercial que más se amolden a sus necesidades y a sus circunstancias; por lo tanto, cuando se critican determinados aspectos de esos modelos, se hace sobre la base de tal convencimiento (al menos, en nuestro caso) y con un espíritu netamente constructivo. En particular, el hecho incontrovertible de que las autoridades del MERCOSUR (es decir, de sus Estados parte) estén facultadas para establecer el sistema normativo que juzguen más conveniente, no puede en ningún caso limitar las expresiones de disconformidad respecto de las cuestiones puramente técnicas ni, mucho menos, respecto de la falta de transparencia del proceso codificador en marcha. Criticar por criticar es frívolo e irresponsable. Hacerlo respetuosamente, con conocimiento del tema y con el firme convencimiento de que las cosas se pueden hacer mejor, es la mayor prueba de compromiso con dicho proceso.

2. Incorporación de las normas mercosureñas de DIPr a los ordenamientos nacionales

68. El POP establece categóricamente la obligatoriedad de las Decisiones del CMC (art. 9), las Resoluciones del GMC (art. 15) y las Direc-

tivas de la CCM (art. 20), exigencia que se repite en general para "las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR" (art. 42). Pero ya se ha dicho muchas veces que la efectividad de tal carácter no está totalmente garantizada (Opertti Badán, Argerich). Sólo hace falta valorar el contexto en el que se produce para comprender la magnitud real de la obligatoriedad. Dicho contexto está dominado, de un lado, por la escasa concreción del art. 38 del POP ("(L)os Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos previstos en el artículo 2 de este Protocolo"; el art. 2 determina que son "órganos con capacidad decisoria" el Consejo, el Grupo y la Comisión), el margen de apreciación dejado por el mismo art. 42 para la incorporación de las normas mercosureñas a los ordenamientos nacionales ("Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, *cuando sea necesario*, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país" –la cursiva es nuestra–) y la escasa operatividad del mecanismo para "garantizar la vigencia simultánea" de tales normas.

De otro lado, se yergue el desigual tratamiento que los cuatro Estados del MERCOSUR brindan a las relaciones entre el derecho mercosureño "derivado" y el resto del ordenamiento estatal (recuérdese el caso ya citado de la controvertida decisión del STF de Brasil, del 4 de mayo de 1998, denegando la cooperación solicitada desde Argentina por considerar inaplicable el Protocolo sobre medidas cautelares de 1994), junto al carácter limitado (no *erga omnes*) que tienen los efectos de las decisiones que pudieran adoptarse por los tribunales arbitrales encargados de solucionar las controversias que se producen en el ámbito de integración.

69. Tal es la preocupación que existe sobre este punto que en julio de 1998 el GMC aprobó las Ress. 22/1998 ("Lineamientos con relación a la normativa MERCOSUR pendiente de incorporación") y 23/1998 ("Incorporación de la normativa MERCOSUR") dirigidas, ni más ni menos, a recordar a los Estados parte que "es necesario garantizar la efectiva incorporación de la normativa MERCOSUR a los ordenamien-

tos jurídicos internos de los Estados parte". Sin embargo, en junio de 2000, el CMC ha tenido que volver a la carga con la aprobación de la Dec. 23/2000 ("Incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento de los Estados parte"). Imaginamos que los redactores de la misma habrán sentido una mezcla de vergüenza e impotencia al redactar el art. 1, donde se dice, patéticamente: "las Decisiones, Resoluciones y Directivas son obligatorias para los Estados parte". ¡Casi seis años después de Ouro Preto! Más aún, en diciembre de 2002, el CMC al aprobar la Dec. 20/2002 ("Perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento jurídico de los Estados parte") intentó nuevamente mejorar la incorporación de la normativa mercosureña. Es decir que el GMC y el CMC han caído en la cuenta de que la cuádruple mención del carácter obligatorio de las normas del MERCOSUR que efectúa el POP no ha calado suficientemente hondo (Argerich). Ante tal constatación se hace evidente la necesidad de reformulación del sistema actualmente vigente.

Siendo las cosas así, no puede llamar la atención que el Protocolo de Las Leñas haya necesitado casi cuatro años para estar en vigor en los cuatro Estados (desde el 17/3/1996), el Protocolo de medidas cautelares más de cinco (desde el 10/1/2000), y que los otros textos de DIPr del MERCOSUR continuaran a fines de 2002 sin conseguir la cuádruple vigencia.

V. Dimensión transnacional

70. En Cap. 1.IV.5 (párrafo 30) nos referimos a una manifestación de la autonomía de la voluntad que se da particularmente en materia contractual y que tiene alcance general, es decir, que se presenta como un ámbito diferente para la producción jurídica (una "cuarta dimensión", al lado de la autónoma, la convencional y la institucional) y para la solución de controversias. La característica esencial que diferencia dicho ámbito de los demás pasa por su carácter "no oficial". Dejando de lado de momento la denominada "jurisdicción" arbitral (ver Cap. 3.I), nos interesa ahora destacar el alcance del llamado "derecho transnacional" más conocido como *lex mercatoria*. Ambos términos son un poco equívocos. Con el último se pretende hacer referencia a las reglas que se apli-

caban en los mercados medievales a las operaciones comerciales allí desarrolladas y, en especial, al hecho de que esas reglas no correspondieran a ningún reino ni señorío sino que fueran específicas para tales operaciones, más allá del mercado y de los comerciantes implicados en cada caso. Por eso se habla también de "nueva" *lex mercatoria*, que tendría en común con la antigua su carácter específico y no oficial (Juenger), aunque la llamada sociedad de comerciantes a la cual se atribuye su elaboración ha cambiado bastante desde entonces. Al carácter no oficial también alude lo de "derecho transnacional", pero aquí toda la expresión o sólo la palabra derecho suele ir encerrada –para una parte importante de la doctrina– entre comillas, para subrayar que no se trata de auténtico derecho, en el sentido de que no está elaborado por una autoridad pública con potestad para ello y que, por lo tanto, carece del rasgo esencial de coercibilidad.

La *lex mercatoria* de nuestros días es de difícil caracterización. Sin embargo, aun a riesgo de perder algo de rigor en la apreciación, pensamos que puede decirse que la misma está constituida por los usos y términos habitualmente tenidos en cuenta por los actores del comercio internacional. Obviamente, esas prácticas son muy variadas, lo que provoca una incertidumbre considerable a la hora de determinar el contenido concreto de una regla de la *lex mercatoria*. Esta falencia se ha venido paliando, de un modo muy significativo, como resultado de la labor de organismos de carácter privado que se encargan de una suerte de codificación (consecuentemente, también privada) de las prácticas habituales del comercio internacional. El más importante de todos esos organismos es la CCI (pero existen muchos otros de carácter sectorial), que tiene su sede en París y que convoca a los protagonistas privados del comercio internacional. Como es fácil imaginar, el "control" de esa producción normativa está en manos de los protagonistas más relevantes, esto es de las grandes empresas que actúan en el mercado global. Las reglas publicadas por la CCI tienen, en general, una enorme repercusión. Tal vez las que más aceptación han recogido son las Reglas y usos uniformes sobre créditos documentarios (publicación N° 500) y los términos comerciales uniformes (INCOTERMS, cuya última versión es del año 2000). Téngase en cuenta, además, que la CCI cuenta con su propia institución arbitral, sede en la cual se deciden buena parte de los litigios más importantes que se producen en

el marco del comercio internacional. En la jurisprudencia argentina es harto conocido (sobre todo a través de la obra de Antonio Boggiano) el caso "*Gobierno del Perú c/ SIFAR*", en el cual la CSJN en lugar de preocuparse por la determinación del derecho nacional aplicable, basó su sentencia en la solución material prevista por los contratantes mediante la incorporación de una cláusula FOB (Sent. de 10/12/1956).

71. Ahora bien, teniendo en cuenta que, según la señalada aproximación doctrinal, lo que caracteriza al derecho transnacional no es su origen en cuanto a quién lo elabora sino en cuanto a la indicada falta de coercibilidad, cuando un Estado o una organización internacional oficial procede a codificar normas provenientes del "derecho" transnacional o a aceptar soluciones provenientes de la realidad trasnacional, lo que está haciendo, gráficamente, es quitarle las comillas a ese término, convirtiéndolo en auténtico derecho. Debe tomarse en consideración que este procedimiento es apto para clarificar las reglamentaciones a menudo farragosas que rigen el comercio internacional, siempre que se utilicen los instrumentos técnicos adecuados y que se opere con el conocimiento que exigen materias por lo general complejas. Los representantes de los Estados parte tienen la obligación de balancear los intereses en presencia (entre ellos sus propios intereses de política legislativa) a la hora de elaborar los textos convencionales y, en cualquier caso, serán las autoridades correspondientes de cada uno de esos Estados las que decidan la ratificación o no de dichas convenciones.

Ejemplo: uno muy interesante al respecto viene dado por el art. 17 de la Convención de Bruselas de 1968, que regula la jurisdicción y el reconocimiento en todos los países de la UE (ver Cap. 4.I.4.A), en el cual se regula la elección expresa del juez competente por las partes en una relación jurídica. Una de las tres formas mediante las cuales se puede configurar esa manifestación de la autonomía de la voluntad es "en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado". El TJCE resolvió en "*Transporti Castelletti c/ Hugo Trumpy*" (Sent. del 16/3/1999) que esa forma quedaba cumplida con la cláusula de sumisión a los tribunales de Londres insertada en

el dorso de los veintidós conocimientos de embarque que documentaban el transporte de unas mercaderías iniciado en Buenos Aires y finalizado en Savona (Italia). Debe considerarse especialmente que en el dorso no figuraba ninguna firma, que tal cláusula estaba redactada en inglés, que ambas partes estaban domiciliadas en Italia, país en el que había sido presentada la demanda, y que la redacción de esa parte del art. 17 aplicable en la citada controversia (después fue reformada) era más escueta que la antes transcripta ("en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos en ese ámbito y que las partes conocieren o debieren conocer"). Es decir, se aceptó la excepción de incompetencia interpuesta por Trumpy (consignataria del buque) ante los jueces de su propio domicilio social (Génova), rechazando la demanda que había presentado Castelletti (destinataria de las mercaderías), con domicilio social en Milán, reclamando una indemnización por los perjuicios supuestamente causados con ocasión de la descarga de las mercaderías.

72. En el ámbito interamericano también ha desembarcado la *lex mercatoria*. En efecto, la Convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales incorpora dos menciones muy significativas en sus arts. 9.2 y 10. En la primera de esas normas se señala que, para determinar el derecho del Estado con el cual el contrato presenta vínculos más estrechos (regla que juega subsidiariamente si las partes no eligen el derecho aplicable), el tribunal "también tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales". En la segunda, la Convención va todavía más allá al decir que "(A)demás de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto". Con el tenor de estos textos, difícilmente podría criticársele al juez de un Estado parte que basara sus soluciones en cualquier tipo de reglas de la *lex mercatoria*, aun cuando a juicio de reputados comentaristas dichas referencias se dirigen sobre todo a los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (Juenger, Parra Aranguren). A propósito, cabe reseñar que tales Principios representan una *lex mer-*

catoria muy particular, toda vez que su depurado método de elaboración y su enorme difusión disipan absolutamente las susceptibilidades generadas por aquélla, y el prestigio de la institución donde se han parido está fuera de toda duda.

Estado de vigencia de las convenciones internacionales

Los Estados parte de cada convención, y sus respectivas fechas de entrada en vigor, se pueden encontrar actualizados en las correspondientes páginas de las organizaciones internacionales donde se elaboran:
CIDIP: www.oea.org
Conferencia de La Haya de DIPr: www.hcch.net
MERCOSUR: www.mercosur.org / www.mercosul.org
UNCITRAL: www.uncitral.org
UNIDROIT: www.unidroit.org
La legislación de la UE se encuentra en: www.europa.eu.int y la jurisprudencia del TJCE en: www.curia.eu.int
La página de la CCI es: www.iccwbo.org

Información jurídica de los países del MERCOSUR

Argentina:
BO: www.jus.gov.ar/servi/boletin/
INFOLEG: infoleg.mecon.gov.ar
Leyes nacionales: std.saij.jus.gov.ar/htmldocs/servicio_grt_der.html#codigos
LegisLaw: www.legislaw.com.ar
Jurisprudencia: www.secretariojuridico.com.ar/links/iurelinks_jurisp.htm
Brasil:
DOU: www.in.gov.br
Legislación federal: www.presidenciadarepublica.gov.br/legisla.htm
Portal de investigaciones legislativas: www3.senado.gov.br/portal/
Jurisprudencia: www.stf.gov.br (STF); www.stj.gov.br (STJ)
Paraguay:
GO: www2.paraguaygobierno.gov.py/gacetaoficial/
Índice normativo: www.paraguaygobierno.gov.py/indicenormativoylegal. html
Jurisprudencia: www.pj.gov.py

Uruguay:
DO: www.impo.com.uy
Legislación: www.parlamento.gub.uy/pl/legislac.asp

Bibliografía complementaria

AGUIRRE RAMÍREZ, G., "Integración: Nueva realidad regional y mundial. Su incidencia en el Derecho Constitucional", en A. LANDONI SOSA (dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*, Montevideo, FCU, 1997; ARAÚJO, N. DE / ANDREIUOLO, I., "A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos", en C.E. DE ABREU BOUCAULT / N. DE ARAÚJO (dirs.), *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 1999; ARGERICH, G., "Situación real de la incorporación y vigencia de la normativa MERCOSUR", *JA*, 1999-III-849; BARÓN KNOLL, S.M., "El valor normativo de los tratados de integración en la reforma constitucional de 1994", *Revista Voces Jurídicas Gran Cuyo* (Argentina), t. 3, 1997, pp. 277-296; BARROSO, L.R., *Interpretação e Aplicação da Constituição*, San Pablo, Saraiva, 1996; BIDART CAMPOS, G., "La naturaleza federal de los tratados internacionales", *LL*, 1996-C, pp. 498-507; BRICEÑO BERRU, E., "Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina", *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padua, Cedam, 1989, pp. 157-192; BOGGIANO, A., "Fundamento del derecho de la integración en el derecho argentino", *RDCO*, a. 28, 1995, pp. 281-ss.; BOGGIANO, A., *Derecho internacional público y privado y derecho del MERCOSUR en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 1998; CASELLA, P.B., *Mercosul, exigências e perspectivas*, San Pablo, LTr, 1996; CASELLA, P.B. / ARAÚJO, N. (coords.), *Integração jurídica interamericana. As convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, San Pablo, LTr, 1998;. CIURO CALDANI, M.A., "Teoría de las fuentes del derecho internacional y del derecho de la integración", *Revista de la Facultad* (Rosario), N° 4., vol. 2, 1997 (separata); CIURO CALDANI, M.A., "Los acuerdos internacionales en la reforma de la Constitución Nacional", *JA*, N° 5919, pp. 6 y ss.; CORRÊA, A., *MERCOSUL. Soluções de conflitos pelos juízes brasileiros*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997; CUETO RÚA, J. C., "Un paso adelante en el desarrollo de la justicia arbitral en la Argentina", Buenos Aires, *JA*, 1993-4-472; DE LA GUARDIA, E., *Tratados internacionales*, Buenos Aires, Abaco, 1997; DOLINGER, J., "As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito

internacional: um exercício de ecletismo", *Revista Forense*, vol. 334, pp. 71-107; DOLINGER, J. / TIBURCIO, C., "O DIP no Brasil no século XXI", *Rev. Mex. DIPr*, núm. esp., 2000, pp. 33-50; DREYZIN DE KLOR, A., *El MERCOSUR. Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía, 1997; DREYZIN DE KLOR, A., "Los principales desarrollos del derecho internacional privado en el próximo siglo en Argentina", *Rev. Mex. DIPr*, núm. esp., 2000, pp. 51-78; EKMEKDJIAN, M A., "A un año exacto del fallo Ekmekdjián c/Sofovich, la Corte Suprema de Justicia reafirma el criterio monista establecido en aquél", Buenos Aires, *ED*, 154-176; ESTEVA GALLICCHIO, E., "La cuestión constitucional en los cuatro Estados parte del MERCOSUR", *El Mercosur después de Ouro Preto*, Montevideo, UCUDAL, 1995, pp. 35-51; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "La revisión del 'Proyecto Goldschmidt' de Código de DIPr para la República Argentina", *REDI*, XLII, 1990, pp. 714-717; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *Derecho internacional privado interamericano*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000; FRAGA, M., *Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Río de Janeiro, Forense, 1997; GARRO, A.M., "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", en *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 341-397; GOLDSCHMIDT, W., "Codificación del derecho internacional privado argentino (reformas requeridas por la Constitución Nacional y reformas convenientes aconsejadas por la vida y la ciencia), *REDI*, V, 1952, pp. 499-528; GOLDSCHMIDT, W., "Derecho internacional privado latinoamericano", *LL*, t. 151, 1973, pp. 1087-1113; IRTI, N., *L'età della decodificazione*, 3ª ed., Milán, 1989; MELLO, C.D.A., *Direito internacional público*, vol I., 7ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1982; OPERTTI BADÁN, D., "La aplicación de las normas del MERCOSUR por el juez nacional", *RUDIP*, 3, 1999, pp. 65-74; PACIELLO, O., "La Constitución de 1992 y las transformaciones operadas en la vida nacional", en E. CAMACHO / L. LEZCANO CLAUDE (coords.), *Comentario a la Constitución, Homenaje al Quinto Aniversario*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1997; PALLARÉS, B., "Reflexiones acerca de la incorporación de la normativa del MERCOSUR a los sistemas nacionales", en A. DREYZIN DE KLOR (dir.), *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, Córdoba, Advocatus, 1999, pp. 181-195; PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, San Pablo, Max Limonad, 1996; RANGEL, V.M., "Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, XXIII, 1967, ns. 45/46, pp. 29-64; REZEK, F., "Recepção da regra de direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais", en D. VENTURA (org.), *Direito Comunitário*, Porto

Alegre, Livraria do Advogado, 1997; REZEK, F., "Direito comunitário no MERCOSUL", *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, nº 18, San Pablo, Revista dos Tribunais, janeiro a março de 1997; REZEK, F., *Direito dos tratados*, Río de Janeiro, Forense, 1984; RODAS, J.G., *A publicidade dos tratados internacionais*, San Pablo, RT, 1980; SAGÜÉS, N. P., "La Constitución Argentina ante la integración latinoamericana", *ED*, 62-763; SAGÜÉS, N. P., "Los Tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", *LL*, 8/11/94; SAMTLEBEN, J., *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983; TÁLICE, J.R., "Interpretación e integración del derecho internacional privado", *RUDIP*, 3, 1999, pp. 115-159; URIONDO DE MARTINOLI, A., *Integración regional*, Córdoba, Advocatus, 1996; VARGAS GUILLEMETTE, A., *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1943; VIEIRA, M.A., *Derecho internacional privado. Tratados y convenciones*, 5ª ed., Montevideo, FCU, 1990; VVAA, "Procedencia y límites de los nuevos procesos de codificación del derecho internacional privado en el marco de los organismos de integración: Unión Europea-MERCOSUR" (Mesa redonda), en *Temas de derecho internacional privado y de derecho comunitario*, Montevideo, UCUDAL, 1997; VVAA, *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck-Institut / FCU, 2002.

Sección II
Jurisdicción internacional

Capítulo 3

Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional

Diego P. Fernández Arroyo*

I. Delimitación de conceptos: jurisdicción internacional, competencia, "jurisdicción" institucional y "jurisdicción" arbitral

73. Cuando se habla genéricamente de jurisdicción internacional en el ámbito de los países del MERCOSUR se hace referencia a la potestad que corresponde a los jueces y tribunales de un Estado para conocer y resolver los casos de DIPr, es decir, respecto de las relaciones jurídicas de carácter privado que están vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos. Pero como el término jurisdicción, a secas, es el que se usa para designar dicha potestad en sí (sin referencia a ningún tipo de casos en particular ni al tipo de tribunal en cuestión), la adición del adjetivo "internacional" también se emplea para caracterizar el atributo esencial de los tribunales que actúan en alguna esfera internacional, como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además cuando a los órganos judiciales de un Estado les toca actuar en supuestos que están conectados con más países pero que son de carácter público (como un asunto de contrabando, de doble imposición o relativo a un genocida extranjero en aplicación de normativa internacional de derechos humanos), también decimos que dichos órganos ejercen jurisdicción interna-

* Excepto Ep. 3.II.3 por Adriana Dreyzin de Klor.

cional. La terminología se suele prestar así a algunos equívocos que exigen tediosas –por lo repetidas– aclaraciones o matizaciones.

En algunos países se prefiere la expresión competencia internacional (o competencia judicial internacional), siguiendo la vieja idea de que el o los términos que acompañan a la palabra competencia indican el ámbito preciso en el que se ejerce en cada caso la función jurisdiccional del Estado. Así, por ejemplo, se habla de competencia civil, comercial, etc., o se divide la competencia según otros conceptos, como la demarcación territorial o la instancia de actuación de cada juez o tribunal. La competencia internacional es, en ese sentido, una competencia por razón de la materia. En los países del MERCOSUR se utiliza preferentemente la expresión "jurisdicción internacional", reservando el término competencia para el ejercicio de la jurisdicción en los casos internos. Sin embargo, no faltan autores que hacen uso de "competencia" y "jurisdicción" indistintamente (Weinberg de Roca). En este trabajo hemos preferido usar la terminología más habitual y extendida, tanto para designar la potestad antes mencionada como para nombrar al sector del DIPr que se ocupa de todas las cuestiones referidas a la fundamentación de la actuación de los órganos judiciales (y en algunos casos, no judiciales) respecto de situaciones privadas internacionales.

74. Si el término jurisdicción sirve para hablar, en general, del atributo esencial de cualquier órgano encargado de decidir una controversia jurídica, no existirían en principio problemas para que tal vocablo sea empleado para hacer alusión a la actividad que ejercitan árbitros o tribunales arbitrales, ya sea que éstos actúen en el marco del derecho público o del derecho privado. Con ese entendimiento, es factible entonces referirse a la actividad de los tribunales *ad hoc* que operan dentro del sistema de solución de controversias pergeñado por y para el MERCOSUR (arbitraje de derecho público), como "jurisdicción institucional", donde el adjetivo tiene que ver con la dependencia de dichos tribunales del esquema de integración, aun cuando la carencia de supranacionalidad diluya un poco tal carácter institucional.

De un modo semejante, no debería resultar extraño que se llamara "jurisdicción arbitral" a la que se produce en el marco del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, debe saberse que el término jurisdic-

ción se ha manejado siempre con una connotación de potestad pública cuyos cimientos esenciales son fijados por el constituyente y cuyo alcance concreto es determinado por el legislador. En ese sentido, el término queda en todo caso vinculado a la actuación de órganos sujetos al poder público, ya sea en su normal ámbito estatal o en el ámbito internacional o supranacional en el que las autoridades de dos o más Estados hayan dispuesto la actuación de un tribunal de justicia. Y, si esto es así, aparecería como menos apropiado utilizar la palabra jurisdicción para referirse a una resolución de controversias que se produce en virtud de un acuerdo de voluntades entre particulares. Contrariamente a lo que se podría pensar, la adopción de este criterio no carecería de importancia ya que del mismo pueden derivarse muchas consecuencias, como la no aplicación a la materia arbitral de principios o reglas que se consideran exclusivos del ámbito jurisdiccional. Así, la Corte de Apelaciones de París decidió (sent. del 15 de septiembre de 1998) que las partes no pueden basar sus reclamaciones acerca de la larga duración de un procedimiento arbitral en el art. 6 de la Convención europea de derechos humanos, ya que ésta "no se impone a una asociación (se trataba de un arbitraje en el seno de la CCI) que no constituye una jurisdicción". Al final de los argumentos la discusión pierde un poco su trascendencia cuando se repara que, si bien es cierto que el árbitro o tribunal arbitral funda su intervención en el acuerdo de voluntades de las partes en disputa, no lo es menos que la efectividad de la decisión que se adopte está asegurada por las normas vigentes en los diferentes Estados. Es decir, la afirmación de que no existiría en sentido propio una jurisdicción arbitral no quita ni agrega nada al dato evidente de la realidad de que los poderes públicos han reconocido la "potestad" de esos juzgadores privados para dictar resoluciones plenamente efectivas.

II. Aspectos públicos de la jurisdicción en materia de DIPr

1. Independencia, interdependencia y efectividad

75. Durante mucho tiempo fue posible decir que cada Estado, en virtud de su carácter independiente y soberano, era absolutamente libre de

determinar en qué casos sus jueces y tribunales debían o podían ejercer su jurisdicción. Dicha afirmación, que hunde sus raíces en una concepción territorialista y nacionalista, parece también buscar sustento en lo que sería la falta de un principio de derecho internacional (y con más razón, de uno de derecho natural) que obligue a los Estados a autolimitar la competencia de sus órganos judiciales respecto de casos con elementos vinculados, además o exclusivamente, con otros ordenamientos jurídicos. Aun soslayando la cuestión de filosofía jurídica que el problema entraña, parece inevitable considerar en la hora actual que tal afirmación ha perdido gran parte de su sentido práctico. Desde que prácticamente todos los Estados, en mayor o menor medida, han aceptado la posibilidad de que las decisiones que se adoptan en otro país (incluso las adoptadas por particulares en un arbitraje internacional) puedan tener efectos en el territorio sujeto a su soberanía, ha quedado claramente establecido que la idea de una jurisdicción materialmente universal sobre todos los casos de DIPr no se corresponde con la realidad ni –en buena medida– con las necesidades de la vida contemporánea.

Es verdad que las autoridades de un Estado podrían determinar que sus jueces son competentes para entender en todas las demandas que se presenten ante ellos, sin consideración de las vinculaciones que las mismas tengan con ese o con otros Estados. De hecho, en España, por ejemplo, ese fue el sistema vigente hasta la entrada en vigor de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985 en virtud de la interpretación que se hacía de dos normas de la antigua Ley de enjuiciamiento civil (de 1881); Adolfo Miaja de la Muela decía con razón que se trataba de un sistema de "imperialismo jurisdiccional". Pero una actitud como esta requeriría tener en cuenta, por lo menos, que:

(a) evidentemente los demás países también estarían legitimados para adoptarla;

(b) sería abiertamente contradictoria con la participación activa del país en los intercambios internacionales de todo tipo;

(c) en muchos casos sería perjudicial, directa o indirectamente, para los intereses de ese país o de sus ciudadanos.

Y sobre todas estas cosas, la realidad actual nos muestra un panorama en el cual la inmensa mayoría de los Estados han adquirido voluntariamente compromisos internacionales que deberían incumplir o, en el

mejor de los casos, denunciar, asumiendo las consecuencias derivadas de cualquiera de esos actos, si lo que pretenden es acaparar la jurisdicción sobre todos los casos de DIPr.

Es un dato fácilmente constatable que esa inmensa mayoría de países reconoce, ya sea de manera pactada con otros Estados o autolimitando espontáneamente la jurisdicción de sus propios jueces y tribunales, que hay casos en los cuales no les corresponde intervenir y otros en los cuales tanto pueden ser competentes sus tribunales como los de otros Estados. Actuando de esa manera no sólo respetan las particulares características que presentan los casos de DIPr, sino que además garantizan en una considerable medida la efectividad de las decisiones que adoptan, cuando éstas necesitan desplegar efectos fuera de sus fronteras. Si bien es cierto que el DIPr de nuestros días se basa mucho más en la cooperación internacional que en la vieja idea de la reciprocidad, es obvio que un país que pretenda acaparar la totalidad de los casos internacionales, desconociendo además sistemáticamente los efectos de las decisiones extranjeras adoptadas sobre una base legítima y no contradictoria con los valores esenciales de su propio ordenamiento, a la corta o la larga terminará recibiendo un trato similar de parte de otros Estados.

Tanto es así que se produce una tensión importante entre los principios mencionados, cuando un juez al que las normas vigentes en su ordenamiento lo designan competente para entender en determinada controversia, obligándole a actuar, comprende que está peor situado que los jueces de otro Estado para resolverla y/o que la decisión que adoptará contará con poquísimas o nulas posibilidades de ser reconocida o ejecutada en el Estado donde realmente debería hacerse efectiva. El gran problema es que los jueces no siempre cuentan con normas que les ayuden a resolver estas tensiones de un modo satisfactorio. En efecto, mientras la independencia siempre está garantizada (los jueces de todos los Estados cuentan con normas –aunque no estén escritas– que autorizan su intervención en los casos de DIPr), no todos los sistemas se han preocupado de establecer con claridad cuándo sus jueces no son competentes y de qué modo deben operar en tales supuestos. Por otra parte, sólo los sistemas del *common law* y algún otro como el de la provincia canadiense de Québec autorizan a sus jueces a no entender en un caso por considerar que existe otra jurisdicción mejor situada para resolverlo.

2. La normativa humanitaria como límite

76. Entre la normativa internacional incorporada por los Estados a sus ordenamientos jurídicos ocupa un lugar primordial, como ya se ha señalado, la que tiene como objetivo la protección de los derechos humanos. A su vez, cada constituyente y cada legislador nacional se va preocupando cada vez más por establecer en el ámbito interno un desarrollo de esos principios establecidos a escala internacional. De ese modo, derechos y garantías tales como la defensa en juicio o la tutela judicial efectiva tienen un impacto muy directo y significativo sobre los sistemas de jurisdicción internacional de los distintos Estados, según una doble base de derecho internacional y de derecho constitucional.

Dichos principios condicionan de un modo sumamente elocuente la actividad de los jueces estatales frente a las situaciones privadas internacionales. Así, debe aceptarse con carácter general que un juez pueda considerarse competente para resolver un caso de DIPr en ausencia de una norma positiva que establezca tal competencia, si el juez estima que su no intervención podría llegar a conculcar la garantía de acceso a la justicia, en razón de la imposibilidad o excesiva dificultad del demandante para acceder a la jurisdicción que aparece en principio como más apropiada para el caso concreto. Si el juez no actuara de este modo podría incurrir en denegación de justicia. Así lo entendió la Corte Suprema de Argentina en el célebre caso Vlasov, 25/3/1960 (*LL*, 98-277).

3. *Inmunidad de jurisdicción*

77. La actuación extraterritorial de los Estados estableciendo relaciones jurídicas con particulares e incursionando activamente en áreas que tradicionalmente estaban reservadas a los particulares suscita un problema de larga data, que puede plantearse a través del siguiente interrogante: ¿son competentes los tribunales nacionales para entender en juicios en que es parte un Estado extranjero? La respuesta variará según la postura que asuma cada país pues existen sobre el punto dos posiciones bien diferenciadas: la de Estados que admiten someterse a los tribunales del país ante cuyos estrados han sido demandados y la de aquellos que

se enrolan en una posición totalmente opuesta y, en consecuencia, no aceptan quedar sometidos a la competencia de tribunales extranjeros.

Durante mucho tiempo se consideró que un Estado no podía ser demandado ante los tribunales de otro país. La inmunidad de jurisdicción fue establecida en la época de las monarquías absolutas, cuando la persona del soberano se confundía e identificaba con el Estado mismo, criterio que reinó pacíficamente en todo el mundo y fue mantenido en virtud del principio de DIP *par in parem non habet imperium*, con sustento en la igualdad y soberanía propia de los Estados. Se impedía de este modo que cualquiera de ellos pudiera ser sometido ante los tribunales de otro país, resguardando asimismo las relaciones internacionales.

Es recién a partir de fines del siglo XIX cuando razones políticas y económicas determinan un cambio. La evolución se vincula a la tesis de la responsabilidad del Estado, el derecho de traer a éste a juicio con motivo de acciones entabladas por particulares y la distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*. El proceso se aceleró a raíz de los países que, adoptando el sistema económico colectivista, entregaron al Estado el monopolio del comercio exterior, provocando en forma inmediata que las importaciones y exportaciones que antes se habían realizado entre las personas físicas o jurídicas de carácter privado, se llevaran a cabo entre Estados y particulares. De tal suerte, la necesidad de demandar al Estado extranjero se incrementa en forma paralela al desarrollo de su actuación con calidad de persona jurídica de naturaleza privada.

En los países anglosajones, probablemente por ser los primeros que gozaron de un poder judicial efectivamente libre e independiente, es donde se plantea por primera vez con todo rigor este problema. En una primera etapa la institución no se perfila con nitidez, sino que aparece confundida con otras cuestiones tales como la inmunidad del soberano extranjero o de los agentes diplomáticos de otros países. Sin embargo, el antiguo concepto según el cual "el príncipe no debe ejercer el comercio", expuesto por Montesquieu, fue paulatinamente superándose y la totalidad de los Estados contemporáneos asumieron sus actividades comerciales, mediante organismos e instituciones en mayor o menor grado descentralizados.

A efectos de determinar el alcance que las diferentes teorías atribuyen a la inmunidad soberana, se torna ineludible la distinción entre actos pú-

blicos y privados que realiza el Estado fuera de su territorio. De tal modo, a la hora de evaluar un acto realizado por un gobierno, el juez, para determinar si es competente, tiene que preguntarse: ¿este acto es de tal naturaleza que en ningún caso podría ser realizado por otro que no fuera un Estado, o en nombre de él? Una respuesta en sentido afirmativo conduce a considerarlo un acto de poder público, un acto político, que impediría la sumisión del Estado extranjero ante los tribunales de otro país ya que estaría afectándose la soberanía del referido Estado; en consecuencia habría ausencia de potestad jurisdiccional. Por el contrario, si el acto es tal por su naturaleza que podría llevarse a cabo por una persona privada, por ejemplo, un contrato o un empréstito, el acto, cualquiera sea su objeto, es un acto de carácter privado y el tribunal tiene jurisdicción.

78. En orden a la distinción entre los actos susceptibles de concretarse por un Estado en territorio de otro, la doctrina y la jurisprudencia asumieron diferentes posiciones; aunque la inmunidad de jurisdicción es un principio universalmente aceptado, se controvierte su extensión. Las posiciones que se enfrentan son, por un lado, la tesis absoluta o clásica y por otro, la teoría restrictiva o moderna. La primera, sostiene la aplicación de la inmunidad soberana con total independencia de la naturaleza de los actos que el Estado realice, de donde se deduce que en ningún caso un Estado puede, sin su consentimiento, verse sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro.

La segunda teoría, en cambio, se muestra partidaria de una interpretación restrictiva, limitada o funcional de la noción de inmunidad soberana. Esta postura de la exención condicional en las reclamaciones dirigidas contra el Estado extranjero, distingue entre las demandas que se basan en actos del Estado como poder público *–iure imperii–* de las acciones que se deducen en cuanto el Estado actúa como particular *–iure gestionis–*. La inmunidad jurisdiccional existe sólo si la demanda estriba en un acto *iure imperii*, mientras que no es oponible si la acción invoca un acto *iure gestionis*.

El debate doctrinal para determinar cuál de estas teorías debe erigirse como la más conveniente, encuentra fundamentos en las definiciones brindadas sobre la naturaleza de la inmunidad del Estado. El tema presenta numerosas aristas, integrándose con las resoluciones de los tribu-

nales de diferentes países que no coinciden en la interpretación desde una perspectiva finalista. Aunque se observa también una falta de acuerdo sobre el ámbito en el cual procede la mentada inmunidad, aparece conveniente destacar que la práctica internacional ha ido evolucionando de una concepción maximalista de la inmunidad de jurisdicción –inmunidad absoluta– a una consideración más matizada de la noción –inmunidad relativa– cuyo punto de referencia es el *imperium* que revista el acto que se pretende enjuiciar.

A pesar de la progresiva relegación del papel del Estado en las relaciones de tráfico externo (al menos en cuanto actor de las mismas), su actividad sigue siendo lo suficientemente significativa como para que la teoría clásica de la inmunidad absoluta no resulte operativa, de lo que deviene que no están amparados por la inmunidad de jurisdicción aquellos actos realizados por un Estado extranjero o por sus órganos cuando actúan como un simple particular (contratos mercantiles, contratos de trabajo a realizar en el Estado del foro por personas físicas, propiedad en general, litigios en materia de propiedades especiales, explotación de buques, etcétera).

La orientación de los modernos textos convencionales y legislativos coincide con la posición restrictiva, en el sentido que receptan la distinción de los actos según la naturaleza que éstos detentan. Así, en los supuestos de "transacciones comerciales", la inmunidad no es oponible. Coherente con esta tesitura es la calificación de transacción comercial, como aplicable no sólo a los contratos de compraventa de mercaderías o prestaciones de servicios, sino a toda otra transacción o actividad de carácter comercial, industrial, financiero, profesional o similar, en que el Estado participe o contrate, sin que ello signifique ejercicio de su autoridad soberana.

III. Regulación de la jurisdicción internacional

1. La determinación del juez competente y sus problemas

79. La definición de cuándo un juez es competente para resolver un caso de DIPr no es una tarea simple y los criterios utilizados para ello

han diferido de manera muy significativa a lo largo de la historia moderna del DIPr. En este sentido, encontramos criterios que cuentan con una enorme aceptación internacional, como el del domicilio del demandado, y otros que resultan difíciles de aceptar, toda vez que su consagración responde a privilegiar a una de las partes en conflicto, normalmente a la que tiene una mayor vinculación con el foro, en razón de su nacionalidad, domicilio o establecimiento. Y como cada país determina cuándo son competentes sus jueces, tanto de forma independiente como mediante convenciones internacionales (para los casos en los cuales tales convenciones resultan aplicables), es muy común que un mismo caso caiga dentro de los catálogos de competencia de diferentes Estados. Como ejemplo muy simple, piénsese que el mencionado foro del domicilio del demandado, aunque suele presentar algunas excepciones de importancia, está presente en la generalidad de los sistemas de jurisdicción internacional. Por esa razón, en un caso en el cual las partes están domiciliadas en distintos Estados (cosa nada extraña en los supuestos de DIPr), al menos los jueces de cada uno de los domicilios serían en principio competentes para entender en las demandas presentadas por la otra parte (la no domiciliada). Y decimos "al menos" porque puede suceder perfectamente que también existan otros jueces potencialmente competentes respecto del mismo caso, como puede ser el juez del lugar de producción del hecho dañoso, criterio de universal aceptación en los supuestos referidos a responsabilidad extracontractual. Ejemplo: persona domiciliada en Brasil que tiene un accidente de tránsito en una ruta uruguaya con una persona domiciliada en Argentina.

La existencia, entonces, de distintos criterios para otorgar jurisdicción, junto a la posibilidad de que más de un juez sea competente respecto del mismo caso, constituyen las razones fundamentales del carácter especialmente problemático que suele revestir la determinación de la jurisdicción en los casos de DIPr. Así, el mismo caso o casos muy estrechamente vinculados entre sí pueden ser iniciados ante los tribunales de diferentes Estados, dando lugar a los problemas de litispendencia y conexidad internacionales, respectivamente, lo que implica averiguar qué trascendencia se da en cada Estado a la demanda presentada en la otra. Otro problema se produce porque las partes de una relación jurídica pueden ponerse de acuerdo para determinar que todas las controversias

que se susciten en el transcurso de la misma deberán plantearse ante un juez determinado (o de un país determinado), haciendo necesario ver hasta qué punto dicho juez aceptará su designación como juez competente en virtud de la autonomía de la voluntad y, correlativamente, en qué medida los jueces que serían competentes de no mediar tal acuerdo estarán autorizados a respetar el mismo aun a costa de no poder ejercer su propia jurisdicción. En otros supuestos, mediando o no tal acuerdo, sucede que una de las partes demanda a la otra ante un juez que no es competente (en el caso de que exista acuerdo, la demanda se presentaría ante un juez diferente al designado), situando a éste ante el problema de saber si debe declararse de oficio incompetente antes incluso de correr traslado de la demanda o si debe dar la oportunidad al demandado de aceptar litigar en esa jurisdicción, respuesta que puede variar según la materia involucrada en el caso concreto.

80. En la realidad operativa del DIPr, los problemas que hemos mencionado se dan con mucha frecuencia. Sin embargo, siguen siendo muy pocos los ordenamientos jurídicos que contienen una reglamentación adecuada y completa de los mismos dentro de sus sistemas de jurisdicción internacional. Lo que sí existe habitualmente es una reglamentación de todas o algunas de esas cuestiones en el orden interno, es decir, de los problemas "similares" a los indicados que tienen lugar dentro de un mismo Estado, en el marco del derecho procesal nacional.

La escasez o lisa y llana carencia de normas específicas para supuestos internacionales provoca que muchas veces la solución de éstos se base (al menos teóricamente) en una supuesta aplicación analógica de las normas previstas para los casos internos, a todas luces inapropiada. Es evidente que tal analogía, si es que existe en algún grado, es demasiado tenue como para justificar dicha solución. En los casos internos, la jurisdicción (entendida ahora como esa función esencial del Estado que consiste en resolver las controversias judiciales de manera efectiva y no como el título concreto para la actuación de un juez o tribunal en un caso concreto –competencia–) es una sola y, en consecuencia, existe una autoridad judicial superior común encargada de resolver los eventuales conflictos de competencia y, de uno u otro modo, la efectividad de la decisión que se adopte queda garantizada. Incluso las normas procesales

que rigen esos casos internos son las mismas en todo el Estado para gran parte de los ordenamientos; y, cuando esto no es así, como en el caso de Argentina donde la legislación procesal corresponde a las provincias, la solución única y efectiva viene dada por la instancia judicial suprema. Por el contrario, los casos internacionales, por definición, se vinculan con distintas jurisdicciones y lo que se decide en cualquiera de ellas no vincula para nada a las autoridades de las demás, salvo que existan normas internacionales que así lo establezcan.

81. La falta de normas "negativas" de jurisdicción internacional (es decir, normas que impidan o desaconsejen la intervención de los propios jueces), junto a la unilateralidad consustancial de las normas de jurisdicción internacional en general (sólo son obligatorias para los jueces del Estado que las dicta –ver epígrafe siguiente–), puede provocar situaciones incongruentes cuando no injustas. Piénsese en lo que sucede cuando un juez es competente porque así se lo indica una norma de jurisdicción vigente en su Estado, pero las partes han acordado expresamente la sumisión a los jueces y tribunales de otro Estado (*derogatio fori*), o una de ellas presenta una demanda ante un juez extranjero que también es competente por tratarse de una materia sujeta a jurisdicción concurrente. En ambos casos, el juez del otro país, competente por hipótesis, actuará, en principio, sin problemas. Pero los problemas pueden aparecer si se presenta una demanda ante la jurisdicción excluida en el caso de la *derogatio fori*, o si se presenta una demanda en el foro cuando el mismo pleito ya está siendo llevado a cabo ante un juez extranjero (produciéndose un supuesto de litispendencia internacional).

Situándonos en el primer caso, si sucede que una de las partes presenta de todos modos una demanda ante la jurisdicción derogada sin que exista una norma positiva o una jurisprudencia constante que permita al juez de dicha jurisdicción abstenerse de actuar, éste se enfrenta al problema de tener que optar entre la aplicación de una norma vigente de su ordenamiento y la justicia de respetar la voluntad libremente acordada por las partes. Y sabido es que el peso del principio de legalidad y de la tradición positivista (además de un mal entendido "nacionalismo" judicial) se imponen a menudo sobre la justicia y el sentido común. Incluso aunque ninguna de las partes rompan el acuerdo de voluntades y el proceso

se desarrolle en la jurisdicción pactada, cabe la posibilidad de que el reconocimiento de la decisión adoptada en dicho proceso sea rechazado en la jurisdicción derogada. Cabe aclarar que estamos pensando en ordenamientos en los cuales la autonomía de la voluntad está consagrada como criterio atributivo de competencia pero que carecen de regulación para supuestos como el indicado. Si en un Estado, en cambio, la autonomía de la voluntad está prohibida o gravemente limitada, estos problemas directamente no tienen espacio para producirse. Como ejemplo de lo anterior, puede mencionarse que, pese a las furibundas críticas de la doctrina (Amores Conradi, Rodríguez Mateos) la jurisprudencia española está repleta de casos en que los jueces se declaran competentes desconociendo la sumisión a tribunales extranjeros o la previa intervención de un juez extranjero. Esto, claro, siempre que no resulten aplicables normas convencionales o comunitarias donde se regulan expresamente problemas como los antes mencionados.

2. La norma de jurisdicción internacional

82. Las normas que atribuyen jurisdicción para los casos de DIPr obligan exclusivamente a los jueces y tribunales del Estado que las elabora –cuando se trata de normas que pertenecen a la dimensión autónoma de los sistemas de DIPr–, o de los Estados que forman parte del sistema convencional o institucional que las contiene. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de jurisdicción vigentes en otros Estados y no en el suyo; cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de jurisdicción extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales. La formulación aparentemente multilateral de las normas de jurisdicción contenidas en los sistemas autónomos no debe confundirnos: aunque una norma del sistema argentino de jurisdicción internacional establezca, por

ejemplo, que son competentes en materia de contratos los jueces del lugar de cumplimiento o los del lugar del domicilio del demandado a elección del actor (ver Cap. 25.V.1.A), tal precepto sólo obliga a los jueces argentinos, y si en un caso concreto los lugares indicados se encuentran, por ejemplo en Venezuela, el juez venezolano será competente o no según lo que digan sus normas de jurisdicción y no por el mandato de la mencionada norma argentina. Esto significa que por más que en algunos sistemas estatales las normas de jurisdicción internacional se redacten de forma multilateral, debemos tomarlas como reglas unilaterales, exclusivamente dirigidas a los jueces del Estado que las dicta.

Cuando las normas de jurisdicción aparecen en convenciones internacionales o en textos supranacionales, cobra sentido esa formulación multilateral, aunque, obviamente, esas normas no vinculan a cualquier juez sino únicamente a los de los Estados donde está vigente la convención internacional o que forman parte de la organización supranacional. Es en este sentido que se ha dicho que mientras las normas de jurisdicción autónomas "atribuyen" jurisdicción, las convencionales e institucionales "distribuyen" la jurisdicción entre los Estados que forman parte del sistema implicado (González Campos).

Puede pensarse que tal afirmación no aporta mucho. Sin embargo, sirve para analizar el alcance de lo que planteábamos en el epígrafe anterior, en relación con los problemas que suelen producirse en torno de la determinación del juez competente. Nos referimos a que en los sistemas estatales es difícil dar una solución totalmente satisfactoria a cuestiones tales como la *derogatio fori* o la litispendencia y la conexidad internacionales. Esto es así porque aun cuando en dichos sistemas se prevean normas específicas para solucionar estos problemas, las mismas sólo vincularán a los propios jueces y no a los jueces de los demás países implicados en el caso. Con lo cual, podría llegar a suceder, por ejemplo, que en un país se acepte que la sumisión expresa a tribunales extranjeros impide la actuación de los propios jueces, quienes se verían obligados a inhibirse de actuar (salvo sumisión tácita del demandado –que deja sin efecto la sumisión expresa anterior–), y que dicho pacto de elección del juez competente no sea considerado válido después por éste.

En cambio, en los sistemas de jurisdicción convencionales o institucionales los casos son distribuidos entre las distintas jurisdicciones y es-

to obliga a regular de un modo uniforme problemas como los aludidos para que el mismo sistema no pierda eficacia. En esta línea resulta paradigmático el modelo de la Convención de Bruselas de 1968 pergeñado por la CE (ver Cap. 4.I.4.A), que brinda respuestas para todas esas cuestiones de jurisdicción, en un sistema que, de todos modos garantiza, en condiciones normales, la efectividad de la decisión que adopte el juez de cualquiera de los Estados miembros en todos los demás. El éxito del modelo radica en gran medida allí, ya que las dudas que podría tener un juez para inhibirse de actuar en un caso porque las partes se han sometido a un juez de otro país, porque la jurisdicción de los jueces de otro país es considerada exclusiva, o porque en otro país ya se está sustanciando un proceso respecto del mismo caso o de uno íntimamente conectado con él, se disipan cuando la efectividad de la decisión que se adopte en el proceso extranjero queda garantizada tanto en el foro como en todos los demás Estados que forman parte del sistema.

3. Jurisdicción internacional directa e indirecta

83. Ya sea que digamos que las normas de jurisdicción internacional atribuyen competencia a los jueces del Estado que dicta dichas normas o que distribuyen competencia entre los Estados que conforman un sistema convencional o institucional, todas ellas conceden a los jueces la potestad para entender y decidir en los casos de DIPr. Pero, por paradójico que pueda parecer, existen también normas de jurisdicción internacional que no son atributivas de competencia. Dejando de lado por obvias las normas de jurisdicción "negativas" (que obligan a un juez a declararse incompetente para entender en determinados casos y que, por lo tanto, difícilmente pueden calificarse como atributivas), nos referimos ahora a ciertas normas que, aunque tienen una apariencia similar a las demás normas de jurisdicción, aparecen dentro del subsistema de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Señaladamente, suelen incluirse en convenciones internacionales en materia de reconocimiento, formando parte de los requisitos o condiciones que debe cumplir la decisión adoptada en un Estado (Estado de origen) para tener efectos en otro Estado (Estado requerido).

En efecto, en todo sistema de reconocimiento, autónomo, convencional o institucional, se exige expresa o tácitamente que la decisión extranjera que se pretende reconocer haya sido dictada por quien tenía potestad para ello, es decir, por un juez o tribunal con jurisdicción para dictar dicha decisión. Lo que varía es la forma de concretar esa exigencia. En algunos casos queda simplemente sobreentendida y, por ejemplo, no prospera una decisión extranjera cuando para el caso juzgado el Estado requerido prevé que los únicos jueces competentes son los suyos. En otros, lo que se hace es indicar expresamente qué criterios de jurisdicción serán tenidos como válidos con el fin de dar efectos a la decisión extranjera; las normas que contienen esos criterios son redactadas como normas de jurisdicción, pero no sirven para que el juez del Estado de origen pueda entender en el caso sino sólo para que en el Estado requerido se evalúe si se cumple la condición de que la decisión haya sido dictada por un juez competente. A estas normas se las llama normas de jurisdicción indirecta, que se diferencian así de las que sí autorizan a resolver el caso (normas de jurisdicción directa). El juez de origen será competente o no según lo establecido en las normas de jurisdicción (directa) vigentes en su ordenamiento. Pero la efectividad extraterritorial de la decisión que dicte se pasará por el filtro de las normas de jurisdicción indirecta vigentes en el Estado requerido. Por tal razón, si por la particular configuración de un caso concreto, dicha efectividad necesariamente deberá producirse en un determinado país extranjero, puede resultar aconsejable que el juez de origen tome en cuenta las normas de jurisdicción indirecta vigentes en tal país, especialmente cuando las citadas normas forman parte de una convención internacional en vigor en ambos Estados.

IV. Foros de jurisdicción internacional

1. Foros razonables y exorbitantes

84. La determinación de cuándo un juez es competente para entender en un caso de DIPr se establece en función de ciertos criterios denominados foros o fueros de jurisdicción internacional. Algunos de ellos son

tradicionalmente aceptados en un gran número de ordenamientos jurídicos, como los ya mencionados del domicilio (o la sede, tratándose de una persona jurídica) del demandado (en general) o del lugar de producción del hecho dañoso (en supuestos de responsabilidad extracontractual); la presencia de estos dos criterios en un concreto sistema de DIPr significa que, en principio y respectivamente, el juez será competente si el demandado está domiciliado en el foro o si el daño que motiva la demanda de responsabilidad se ha producido en el foro. Esa aceptación general tiene mucho que ver, por un lado, con el carácter esencial o principal que los elementos tenidos en cuenta detentan por regla general dentro de la relación jurídica, y con la evidencia de la vinculación del caso con el foro (a través precisamente de ese elemento), por otro lado. Los extremos indicados son los que nos permiten saber que estamos frente a un foro razonable o, mejor dicho, a un foro adoptado razonablemente: la relevancia particular del elemento escogido dentro de la relación jurídica y la conexión que por su intermedio de establece entre el supuesto y el Estado a cuyos jueces se les atribuye la jurisdicción. Utilizando otros términos, cabría decir que un foro es razonable cuando se cumple con el índice de proximidad (Lagarde), es decir, cuando el caso regulado presenta una vinculación suficiente con el foro.

En el sentido indicado, puede someterse a análisis la razonabilidad de cualquier foro de jurisdicción internacional. Así, los foros del lugar de cumplimiento de la obligación contractual en esa materia, o del lugar de situación del bien en un litigio en el que se discute acerca de un derecho real sobre el mismo, reúnen las características exigidas para ser considerados como razonables. Del mismo modo, el amplio margen que muchos ordenamientos le han concedido a la voluntad de los particulares en la reglamentación de sus relaciones jurídicas (especial pero no exclusivamente en materia contractual) convierte al foro de la sumisión expresa o tácita de las partes en un foro razonable por antonomasia; esto es así porque la autonomía es valorada como esencial por el propio ordenamiento y, en consecuencia, la elección soberana de las partes concreta la conexión entre el caso y el foro elegido (en algunos ordenamientos se exige, además, que exista alguna otra vinculación entre ambos, es decir, que las partes deben optar entre las jurisdicciones que estén conectadas con el caso).

Aunque a nuestro entender tal descripción bastaría a efectos de caracterizar a los foros razonables, no puede dejar de mencionarse otro dato importante, cual es el referido al respeto que en general guardan los mismos respecto a los derechos de todas las partes que intervienen en la relación jurídica, entendiendo por respeto el hecho de que la determinación del juez competente no sea hecha de modo de atraer injustificadamente al foro a la parte no vinculada con él. En líneas generales, puede considerarse que no existe justificación cuando la atracción al foro, además de no cumplir con el índice de proximidad, se realiza en menoscabo del equilibrio entre las partes, favoreciendo a una de ellas, que suele ser la vinculada con el foro. Claro que no toda inclinación de la balanza a favor de una de las partes implica que se está incurriendo en un foro irrazonable, ya que pueden existir supuestos en los cuales dicho favoritismo venga exigido por valores superiores del ordenamiento. Tal es el caso de los foros de protección que veremos un poco más abajo, cuya finalidad consiste en reestablecer el equilibrio entre los participantes de aquellas relaciones jurídicas donde el mismo no existe por definición, poniendo a disposición de la parte débil el foro que en principio le resulta más accesible. Por las razones apuntadas, el foro del domicilio del demandado confirma su carácter de foro razonable, ya que, además de referirse a un elemento básico del litigio y de configurar un nexo visible entre el caso y el foro, en condiciones normales y en un sentido bastante general ambas partes tendrían que beneficiarse de su aplicación: para el demandado debería ser el lugar más apropiado para ejercer el derecho de defensa, mientras que al demandante le garantizaría el hallazgo del demandado y le daría más probabilidades de encontrarse con bienes de éste, cuestión esencial en los litigios de carácter patrimonial.

85. Lo opuesto a un foro razonable es un foro exorbitante, mediante el cual un Estado atrapa bajo su jurisdicción un supuesto que, siguiendo los cánones que hemos mencionado, no le corresponde. Lo fundamental de un foro exorbitante es, en primer lugar, que el elemento que se toma en consideración para fundar la competencia no es esencial a la relación jurídica regulada sino meramente tangencial o accidental, y eso cuando no es totalmente ajeno a la misma. Y en segundo lugar, no menos importante resulta considerar que la razón de ser de su

consagración suele ir emparentada con la intención de beneficiar a la parte que tiene una conexión local, la que presenta un vínculo con el país cuyo ordenamiento incluye la norma de jurisdicción exorbitante, en desmedro de la parte foránea.

Contrariamente a lo que en principio tendría que suceder dentro de una concepción actual del DIPr, basada en la cooperación, raros son los sistemas nacionales de DIPr que en su sector de jurisdicción internacional no incluyen algún foro exorbitante o varios de ellos. Prueba palmaria de ello es que en el sistema "de Bruselas" se han identificado estos foros en los ordenamientos de todos los Estados comunitarios salvo en España, y dicha identificación tiene como objetivo prohibirlos expresamente para los casos "intracomunitarios", es decir, en los términos de dicho sistema, cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado que forma parte del mismo. De idéntica manera, la lista de foros prohibidos en el Proyecto de Convención que sobre jurisdicción y reconocimiento de sentencias prepara la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, texto provisorio del 20/6/2001 (Cap. 4.I.4.B), no es otra cosa que la enumeración de los foros exorbitantes más habituales. Esas prohibiciones demuestran claramente la valoración negativa que merecen dichos foros o, vistas desde la otra vereda, sirven para comprobar que la razonabilidad (proximidad) constituye un principio fuerte a la hora de elaborar y de interpretar las normas de jurisdicción.

Según nuestra opinión, la falta de razonabilidad de la que adolecen por definición los foros exorbitantes, tampoco halla explicación por lo general en la aplicación del principio de soberanía, y sólo excepcionalmente –en circunstancias muy particulares– cabe admitir que con la aplicación de un foro de este tipo se beneficie la realización de la justicia. Este sería el motivo por el cual resulta en términos generales acertado lamentar, sin dejar de reconocer la posible existencia de casos excepcionales, que el modelo "Bruselas/Lugano" sólo prohíba la utilización de los también llamados *improper fora* cuando el demandado está domiciliado en un Estado parte. En efecto, la situación en la que quedan las personas físicas y jurídicas que no están domiciliadas en un Estado parte (europeo) es, por aplicación del art. 4 de dichas Convenciones (cuyo tenor se mantiene incólume en el art. 4 del Reglamento 44/2001 que comunitariza la Convención de Bruselas), francamente inequitativa. Mu-

chos de quienes han puesto de relieve este extremo (Nadelmann, von Mehren, Juenger, Russell, Desantes) seguramente no lo han hecho con total desinterés, pero aun a riesgo de pecar de ingenuos, debemos señalar que razones no les faltan. Es claro que no se puede desconocer que la defensa de algunos intereses impide que los Estados adopten una actitud más abiertamente internacionalista, hasta cierto punto idílica o irreal. Pero tampoco se debe desdeñar el dato que muestra que un sistema estatal europeo como el español viene funcionando desde hace más de quince años sin foros exorbitantes –aunque algunos jueces lo hayan ignorado– y que el sistema convencional europeo no los aplica a un número muy elevado de supuestos; y todavía no se conocen efectos devastadores en las economías o en los sistemas judiciales de estos Estados; al *menos*, que sean achacables a tal actitud.

Entre los ejemplos más conocidos de foros exorbitantes, cabe destacar:

(a) el foro de la nacionalidad del demandante, característico del sistema francés, que otorga competencia a los jueces y tribunales de Francia por el mero hecho de que el demandante sea francés, aunque no resida en el país y, lo que es más importante, aunque el caso no tenga ninguna otra vinculación con Francia;

(b) el foro del patrimonio, presente en la legislación alemana, según el cual la jurisdicción queda fundada cuando el demandado tiene bienes en el foro, por más que ningún elemento del caso esté vinculado con dicho Estado (sin embargo, la jurisprudencia de ese país ha comenzado a exigir una vinculación suficiente del caso con Alemania para que pueda operar este foro, solución que para Erik Jayme es producto del "desprestigio" del mismo por su presencia entre los foros prohibidos por la Convención de Bruselas de 1968);

(c) el foro del emplazamiento, común en los sistemas anglosajones, que consagra la jurisdicción de los jueces del Estado en el cual el demandado recibe la cédula de emplazamiento (o la notificación de la demanda), aunque su presencia allí sea motivada por una casualidad;

(d) el foro de los negocios, empleado en la mayoría de los Estados norteamericanos bajo el nombre de *doing business*, que consagra la competencia de los jueces de un Estado por el hecho de que el demandado realiza actividades económicas en ese lugar.

2. Foros generales y especiales

86. Otra clasificación que no es simplemente dogmática sino que sirve para ver cómo se conciben y cómo operan los foros de jurisdicción, es la que distingue entre foros generales y especiales. Los primeros son los que toman como criterio para establecer la jurisdicción un elemento que existe en todos los supuestos, independientemente de la configuración particular del caso. Obviamente, el ejemplo típico es, otra vez, el del foro del domicilio del demandado, ya que en todos los litigios, cualquiera sea la materia afectada por el caso y la dispersión geográfica de sus elementos, hay por fuerza un demandado que en general tiene un domicilio determinado o determinable. Los demás foros relacionados con el domicilio o la nacionalidad de una de las partes del proceso tienen el mismo carácter general; pero o bien son, como vimos antes, exorbitantes (los vinculados con el demandante), o no colman de modo suficiente los requisitos de esencialidad o de vinculación para considerarlos claramente razonables (lo que sucedería con la nacionalidad del demandado). La residencia habitual del demandado, por el contrario, sería tal vez un criterio más adecuado para fundar la jurisdicción pues se refiere a un vínculo más real y efectivo entre la persona y el lugar (uno de sus elementos constitutivos es, precisamente, la presencia física de la persona en el lugar), a diferencia del domicilio o la nacionalidad que son conceptos jurídicos (ver Cap. 13.I.2). Sin embargo, el componente subjetivo de dicho criterio (el llamado *animus manendi*) parece desaconsejar su utilización generalizada en un sector tan vinculado al derecho fundamental de defensa como es este de la jurisdicción internacional.

La autonomía de la voluntad también puede considerarse, al menos en cierto sentido, como un foro general. Esto no significa que todos los sistemas la consagren como foro de jurisdicción ni, menos aún, que lo hagan para todos los casos posibles. Pero si nos atenemos al hecho de que la voluntad de las partes, en cuanto atributo vinculado con la capacidad de las personas, existe en todos los supuestos, cualquiera sea la materia o la configuración de los mismos, tal foro de jurisdicción sería un foro general. Otra cosa es que cada ordenamiento le conceda a la autonomía de los particulares una eficacia más o menos amplia o limitada, exigiéndole el cumplimiento de más o menos requisitos, según las mate-

rias. Pero no debe perderse de vista que en los tratados en los cuales se reconoce la facultad de las partes de elegir de común acuerdo el juez competente para dilucidar sus controversias (como el Protocolo mercosureño de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual o las Convenciones europeas de Bruselas y Lugano) dicho acuerdo prevalece incluso sobre el foro general del domicilio del demandado. Es decir que si las partes, en las condiciones previstas por dichos textos, han designado competentes a los jueces de un Estado, éstos serán los únicos competentes, borrando todos los demás foros posibles, salvo que exista un acuerdo expreso o tácito posterior que cambie o deje sin efecto la elección anterior.

87. Los foros de jurisdicción para las relaciones privadas internacionales también pueden determinarse en función de la materia y en tal caso se denominan foros especiales o especiales –justamente– por razón de materia. Como fácilmente puede verse la formulación de los mismos está directamente relacionada con las particularidades de la cuestión regulada y es esa especificidad lo que los hace inhábiles para servir para una materia diferente. Así, por ejemplo, el lugar de cumplimiento o ejecución de los contratos es apropiado para determinar el juez competente en dicha materia y en ninguna otra. Exactamente lo mismo puede decirse del lugar de producción del hecho dañoso respecto de la responsabilidad extracontractual o del lugar de situación de un bien para los litigios relativos a ese bien.

Si, por un lado, todos los foros especiales tienen en común la especificidad en relación con una materia determinada, por otro lado difieren en la carga valorativa que el legislador deposita en ellos. Así nos encontramos con foros especiales en cuya consagración sólo se tiene en cuenta la materia a la que se refieren, poniéndolos a disposición de ambas partes en idénticas condiciones y que, por esta razón, bien pueden denominarse neutros, sin desconocer para nada que la elección de cualquier criterio, por neutra que parezca, siempre implica una valoración. Pero cuando esa valoración, con la consiguiente búsqueda de un resultado determinado, constituye la razón de ser de la adopción de un concreto criterio para la elaboración de una norma de jurisdicción, nos situamos en un ámbito diferente. Tal situación se da respecto de los conocidos foros

de protección, cuya función, como ya dijimos, es la de reestablecer el equilibrio en una relación en la cual éste no existe por definición, a raíz de la manifiesta superioridad de una de las partes sobre la otra para manejar el contenido y el desarrollo de la relación. Es lo que sucede en los llamados contratos con parte débil –como se caracteriza al trabajador en los contratos laborales, al asegurado o tomador en los contratos de seguro o al consumidor en los contratos celebrados entre él y una empresa–, o en las relaciones en las que participa un incapaz; algo similar puede decirse de los supuestos en los que se pretende colaborar con una parte para que obtenga la satisfacción de una pretensión singularmente valorada por el ordenamiento –como en las reclamaciones de alimentos–. La búsqueda de aquel equilibrio y de esta colaboración se opera a través de la designación como competente del juez más próximo a la parte más desfavorecida de la relación, que en principio podrá ser el del domicilio o residencia habitual del consumidor (como en el Protocolo de Santa María de 1996 –ver Cap. 4.II.2–), del asegurado o del acreedor de alimentos, o el del lugar donde el trabajador realiza habitualmente su actividad laboral. De otro lado, tampoco son foros especiales neutros, como es obvio, los foros exclusivos, que se basan también en una concreta valoración del legislador, como veremos en el epígrafe siguiente.

3. Foros concurrentes y exclusivos

88. En el sector de la jurisdicción internacional, que ahora nos ocupa, la relatividad consustancial del DIPr se manifiesta a través de un dato que ya hemos señalado: un mismo caso puede caer dentro del ámbito de aplicación de normas de jurisdicción de distintos Estados. En este sentido, en un caso en el cual las partes están domiciliadas en distintos países, salvo supuestos muy particulares, ambos ordenamientos consideran competentes a sus propios jueces en razón del domicilio del demandado, es decir, para las demandas presentadas por la parte no domiciliada. Además, suponiendo por ejemplo que se trate de una relación contractual, también podrá existir la posibilidad de demandar ante los jueces de esos Estados o de cualquier otro en el cual se realice un foro especial, como podría ser el del lugar de celebración o el del lugar de

cumplimiento. La actuación de uno u otro de esos jueces depende de la voluntad de quien actúe como parte demandante, y no es tan raro que una de las partes demande en un Estado y la otra demande en uno diferente. No existe ningún orden de prelación o jerarquía entre esos foros, por eso son llamados foros concurrentes.

La regla general en materia de foros de jurisdicción internacional es, precisamente, la concurrencia. Lo normal, por lo tanto, es que haya varios jueces en principio competentes para el mismo caso, exista o no una convención internacional aplicable en todos los países vinculados con él. Si existe una convención aplicable, la multiplicidad de foros halla sustento en la necesidad de brindar tantas opciones como sean posibles a la realización de la justicia (garantía de acceso a la justicia / tutela judicial efectiva), siempre que esto no menoscabe la tutela de los derechos del demandado. Esto último es imprescindible, ya que debe tenerse en cuenta que mediante el establecimiento de foros especiales el ordenamiento lo que está haciendo es ofrecer al demandante verdaderos "foros de ataque" (González Campos), como opciones al foro general del domicilio del demandado.

La parte que decida demandar a la otra elegirá entre los jueces disponibles según la estimación que haga de una serie de cuestiones, entre las cuales destacan la proximidad del juez (demandar en el propio país implica, en principio, la ventaja o la comodidad de litigar en un idioma conocido, en un sistema familiar, evitando las contrariedades que significa hacerlo en el extranjero) y el derecho que probable o seguramente aplicará. Lo importante, entonces, es que todas las posibilidades que se abren al actor sean previsibles para el demandado y contra eso conspira la actitud de algunos ordenamientos excesivamente generosos con su propia jurisdicción. Pero a tal imprevisión procesal debe adicionarse muchas veces la aplicación de un derecho también imprevisible, ya que si no entra en las posibilidades la eventual actuación de los jueces de determinado Estado, menos aún se analizará cuáles serían las reglas aplicables al caso según sus normas de DIPr. Cuando el demandante obra de esta manera, se dice que está haciendo *forum shopping*, expresión que no debe tomarse en sentido literal (aunque eso, lamentablemente, también sucede dentro de la patología de muchos tribunales) sino en el sentido antes indicado, que es el de la elección de un juez (e indirectamente

de un derecho) que la otra parte no puede prever. Visto así, en su faceta perjudicial para el demandado, el *forum shopping* suele ser denostado por los autores. Sin embargo, el problema no pasa por la existencia de demandantes perversos (que puede haberlos) sino por ordenamientos que definen la jurisdicción de sus jueces y tribunales en términos demasiados amplios (Checa Martínez). Por el contrario, la elección del lugar donde presentar la demanda en función del derecho que se aplicará al fondo de la cuestión es una actitud perfectamente legítima del actor. Como bien dice Friedrich K. Juenger, el abogado de un caso de DIPr que no opere de esta manera sería pasible de un juicio por *mala praxis*. Nadie que esté en su sano juicio y que tenga en sus manos un caso de responsabilidad por daños personales vinculado con Estados Unidos y cualquier otro país, presentaría la demanda en éste teniendo la posibilidad legal de hacerlo ante un juez norteamericano.

89. Como dijimos, la mera suficiencia exigida al índice de vinculación entre un supuesto y el Estado hace que por regla general, tanto en un sistema de jurisdicción autónomo como en uno convencional, la jurisdicción atribuida sea de carácter concurrente. Esto significa que se parte de la idea de que existen otros jueces (de otros Estados) potencialmente competentes para entender en el mismo caso y que, en consecuencia, las decisiones que éstos dicten, pueden, si reúnen los requisitos previstos por las normas de reconocimiento que resulten aplicables a la especie, desplegar sus efectos en el foro. El carácter exclusivo predicado de determinados foros de jurisdicción internacional aparece así como excepcional y, por lo tanto, sujeto siempre a interpretación restrictiva.

Las razones para fundamentar dicha excepcionalidad se cifran, para la generalidad de los autores (González Campos, Fragistas), en el fuerte interés del Estado en una materia (los foros exclusivos son siempre especiales) y en la estrecha vinculación del litigio con su ordenamiento. De las dos, la segunda razón parece más decisiva, ya que su presencia es, básicamente, un elemento constitutivo de la primera; quiero decir que el Estado sólo tendrá un interés "fuerte" en casos que estén vinculados con él. Sin embargo, una fuerte relación con un ordenamiento no convierte en exclusiva la jurisdicción internacional sobre determinada materia, si ésta no es particularmente "sensible". Por ejemplo, el hecho de que au-

tor y víctima de un daño sean nacionales del mismo Estado en el cual el daño se ha producido y donde además tiene su domicilio la víctima, no lleva a calificar –pese a la cantidad y calidad de los vínculos– la jurisdicción de los jueces de dicho Estado como exclusiva. De otro lado, la aceptación de la "estrecha vinculación" en cuanto razón que lleva aparejada la exclusividad de un foro de jurisdicción, no puede resolver totalmente la fundamentación, toda vez que deja abierta la necesidad de identificar ese vínculo y de cuándo puede considerarse que el mismo es estrecho.

Tampoco es tarea exenta de obstáculos la de identificar la existencia de un "fuerte interés" del Estado respecto de tal o cual materia. En esto se ha insistido hasta el hartazgo, especialmente para impugnar la doctrina llamada de los intereses nacida al abrigo de la "revolución" doctrinal y jurisprudencial del DIPr operada en los Estados Unidos. En realidad, observando las normas y la jurisprudencia de algunos países, en ciertos casos resulta más apropiado hablar de tradición que de interés, mientras que en otros tal vez fuera más correcto sustituir este término por el de "mera conveniencia". Cabe apuntar, además, que las mismas dos razones subyacen en lo que se considera habitualmente como la característica principal de los foros de jurisdicción exclusiva (Espinar Vicente): el reflejo que tienen en el ámbito de la jurisdicción indirecta, impidiendo el despliegue de efectos en el foro de decisiones extranjeras relativas a materias para las cuales la legislación del Estado requerido ha establecido normas de jurisdicción exclusiva. Cuando se trata de normas de este tipo incluidas en textos como los del sistema "de Bruselas", también existen consecuencias en el campo de la jurisdicción directa: impedir, no ya (o no sólo) el reconocimiento y la ejecución de la decisión foránea, sino además el mismo conocimiento de la causa por el juez de un Estado diferente de aquél a cuyos tribunales les corresponde la competencia según tal sistema y, respecto de las partes, la elección expresa o tácita del tribunal competente.

Pese a los argumentos invocados, no es excesivo afirmar que el interés de los Estados en reservarse el conocimiento y el poder decisorio respecto de algunas materias de cierta trascendencia económica cuando los supuestos presentan una vinculación significativa con ellos, aparece por lo general más avalado por la tradición que por el razonamiento jurídico. En el mejor de los casos procede hablar de la concurrencia de facto-

res prácticos que tienden, aunque la relación causa-efecto no sea ni mucho menos lineal, a posibilitar soluciones de mayor calidad, como la correlación *forum– ius* y la proximidad del órgano judicial para realizar directamente las diligencias que sean menester. En el mismo contexto, tomando en cuenta la importancia económica que pueden alcanzar, al menos en supuestos particulares, otras materias para las cuales no se establecen foros exclusivos, es lícito pensar que en algunos casos el interés señalado no pasa de ser algo intuitivo e inercial. Entre otros muchos ejemplos, piénsese en el caso del foro exclusivo previsto para las cuestiones atinentes a inmuebles en la mayoría de las legislaciones (aplicándose, en muchas de ellas, tanto a cuestiones reales como contractuales) que obliga a plantear ante los jueces del lugar de situación del inmueble cualquier caso por insignificante que sea desde el punto de visto económico y por más que el resto de los elementos del caso se vinculen con otro ordenamiento, mientras que un supuesto contractual que no se refiera a inmuebles y que ponga en juego muchísimo dinero, está sometido a las reglas de la concurrencia y a la autonomía de la voluntad.

4. *Forum necessitatis* y *forum non conveniens*

90. El principio de legalidad aplicado al sector de la jurisdicción internacional en materia de DIPr exige la existencia de una norma de jurisdicción vigente en el ordenamiento para que los jueces y tribunales de éste puedan actuar. Dicho de otro modo, un juez debe considerarse competente sólo cuando las normas (autónomas, convencionales o institucionales) vigentes en su país le autorizan a ejercer jurisdicción en un determinado caso. Lo que hace el legislador al señalar claramente cuándo sus jueces son competentes para los casos de DIPr es, al mismo tiempo, inhabilitarlos para actuar en los casos no previstos; lo mismo sucede cuando, al elaborar una convención internacional, los Estados se reparten la competencia sobre los supuestos regulados. Por ambas vías, cada Estado designa, nombrándolos o no, los casos que le son ajenos y que, en consecuencia, se sitúan fuera del alcance de sus tribunales. Por eso algunos ordenamientos prevén (y todos deberían hacerlo) el control de la competencia en el ámbito del DIPr, ya sea de oficio o a instancia de parte.

Sin embargo, ninguna norma flota en el ordenamiento desvinculada de los cimientos de éste y esto es perfectamente válido para las normas de cualquier sector del DIPr. Las normas de jurisdicción internacional no son más que la concreción, dentro de un sistema dado, de los principios y valores consagrados en la Constitución y en la normativa internacional de derechos humanos. Pero puede darse que respecto a un supuesto concreto que se presenta en unas circunstancias particulares el legislador no haya planteado un foro de jurisdicción internacional que permita la actuación de sus jueces, y que ese vacío coloque a una persona en una clara situación de indefensión. En la medida que esa situación comprometa la realización del derecho fundamental al acceso a la justicia, se considera que el juez puede excepcionalmente asumir jurisdicción. Esto es lo que se denomina foro de necesidad o *forum necessitatis*, donde la palabra necesidad hace alusión a la exigencia de no dejar al actor sin posibilidad de satisfacer sus legítimas pretensiones. El art. 3 de la Ley suiza de DIPr lo consagra expresamente en los siguientes términos:

> "Cuando la presente ley no prevea algún foro en Suiza y un proceso en el extranjero no se revele posible o, cuando no se pueda razonablemente exigir que allí sea introducido, tendrán competencia los tribunales o autoridades administrativas suizas del lugar con el cual el supuesto tenga suficiente relación".

En el art. 7 del Proyecto argentino de DIPr (Libro Octavo del CC –1999–), mantenido por el art. 2543 del Proyecto 2000, se recoge casi textualmente dicha disposición, en lo que a nuestro entender es una incorporación muy acertada. La formulación expresa del foro de necesidad, además de cooperar en la realización de la justicia (el más esencial de los valores jurídicos), brinda una inestimable ayuda a los jueces para casos en los cuales la sujeción estricta al principio de legalidad podría socavar, paradójicamente, dicha realización. En tal sentido, funge como buen antídoto frente a los excesos de positivismo que suelen campear por nuestros tribunales. Ahora bien, para un juez despierto y atento a las exigencias fundamentales de su ordenamiento, la vigencia de una norma de jurisdicción internacional que contenga el foro de necesidad es prácticamente superflua; su ausencia sólo le requerirá, en su caso, ma-

yores esfuerzos argumentativos. Pero está fuera de toda duda que el cumplimiento de los principios constitucionales fundamentales no puede encontrar un obstáculo insalvable en la carencia de una norma de jurisdicción internacional que le permita al juez entender y resolver un supuesto determinado. También es importante señalar que la utilización del foro de necesidad (escrito o no) no sólo puede servir para crear lisa y llanamente un foro de jurisdicción, sino también para interpretar un foro existente en el ordenamiento de la forma que más ayude a evitar la denegación de justicia, como ocurrió en Argentina en el caso Vlasov, 25/3/1960 (*LL*, 98-277), cuando la CSJN calificó al "último domicilio conyugal" –criterio previsto en la norma de jurisdicción aplicable– como el último lugar donde los cónyuges hubieran vivido de consuno (el Proyecto argentino de 1999 habla del "Estado de convivencia indiscutida" –art. 13–). Debe tenerse en cuenta que, en el contexto de la época, el marido tenía la facultad de fijar el domicilio conyugal y que en el caso, el domicilio del marido era muy difícil de determinar ya que el mismo cambiaba permanentemente de país; en cambio, el último lugar donde habían vivido juntos era fácilmente localizable: Argentina.

91. Desde cierta perspectiva, puede entenderse que el *forum necessitatis* representa una realidad opuesta a la del *forum non conveniens*. Si en la explicación de aquél decíamos que un juez que no es competente asume jurisdicción para evitar una consecuencia no deseable (el incumplimiento de la garantía de acceso a la justicia), de éste cabe comentar que actúa impidiendo actuar a un juez al cual una norma vigente le atribuye competencia para resolver un caso concreto, precisamente por la misma finalidad, es decir, para evitar también una consecuencia no deseable. Esto significa que la hipótesis se configura cuando la demanda se presenta ante un juez que es competente pero que no resulta el más apropiado para resolver el caso en razón de las circunstancias particulares del mismo, que el propio juez debe valorar. A diferencia del foro de necesidad, donde la contradicción se presenta claramente entre un vacío de legislación y un principio fundamental del ordenamiento –convirtiéndose, por tanto, en una ecuación relativamente fácil de resolver aun en ausencia de consagración expresa de dicho foro–, en el foro no conveniente la contradicción suele afectar sólo indirecta o mediatamente tal principio

fundamental, haciéndose menos evidente. Un juez competente puede estimar que al actor le convendría más presentar la demanda en otro Estado, por una serie de razones, que pueden pasar por el mejor acceso del otro juez a los medios probatorios, la concentración en el otro Estado de los elementos principales del caso, la necesidad de ejecutar la decisión en el otro país, etc. En última instancia, lo que quiere el juez que considera a su propia jurisdicción como no conveniente es que el caso se resuelva donde *a priori* existen más posibilidades de resolverlo con justicia.

El *forum non conveniens* es de aplicación normal en las jurisdicciones tributarias del *common law*, tanto en casos internos (es decir, entre diferentes Estados o provincias del mismo país) como internacionales. Sin embargo, también se ha incluido en sistemas "civilistas" como es el caso del art. 3135 CC quebequés, donde funciona razonablemente bien (Glenn), o en convenciones internacionales como en la de La Haya de 1996 sobre competencia, derecho aplicable, reconocimiento y cooperación en materia de protección de menores (Borrás). En el ámbito mercosureño, aparece previsto en el Proyecto argentino de 1999 (art. 6), con la siguiente fórmula:

> "Un tribunal argentino competente podrá, excepcionalmente y a petición de parte, declinar su competencia si estima que las autoridades de otro Estado son más adecuadas para resolver el litigio".

Al igual que la consagración expresa del foro de necesidad, la inclusión del foro no conveniente nos resulta digna de elogio, aunque tal vez sería recomendable incluir algunos parámetros para ayudar al juez a determinar cuándo una jurisdicción extranjera puede resultar más adecuada. Debe reconocerse, no obstante, que la recepción de este foro en los sistemas ajenos al *common law* se ha visto con preocupación. De hecho, el artículo transcripto fue eliminado del Proyecto argentino de 2000.

Según una interpretación que se ha puesto en evidencia durante la discusión del Proyecto de convención sobre jurisdicción y reconocimiento de sentencias, en el seno de la Conferencia de La Haya, el *forum non conveniens* sería incompatible con la garantía, prevista en muchos ordenamientos, de acceso al juez predeterminado por la ley (Borrás). A nuestro entender, una cosa tiene poco que ver con la otra. La garantía mencionada

hunde sus raíces en la necesidad de evitar la constitución de tribunales *ex post facto*, y tiene una relación privilegiada con ámbitos del derecho público como el penal (Virgos Soriano / Garcimartín Alférez). En esta búsqueda del juez más apropiado mediante el mecanismo del foro más conveniente estamos hablando siempre de jueces competentes (claramente predeterminados), uno del foro y otro de una jurisdicción foránea. Sólo que el juez ante el que se pretenda la demanda estima que el otro está mejor posicionado para brindar la solución del caso, lo que en principio debería redundar en una solución de mayor calidad y más justa.

Bibliografía complementaria

CÓRDOBA OTAMENDI, S., "Reflexiones sobre la jurisdicción voluntaria en el derecho internacional privado", *RUDIP*, 3, 1999, pp. 53-61; CHECA MARTÍNEZ, M., "Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano", *RDIPP*, 1998-3, pp. 521-556; ESPINAR VICENTE, J.M., *Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares, 1993; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. / LEONARDI DE HERBÓN, H., *Cómo y cuándo demandar a un Estado extranjero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996; GOLDSCHMIDT, W., "Jurisdicción internacional directa e indirecta", *Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA*, agosto de 1980, pp. 9-26; SILVA, J.A., *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, México, McGraw-Hill, 1997; UZAL, M.E., *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo, Idea, 2000; VIRGÓS SORIANO / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, Madrid, Civitas, 2000; WEINBERG DE ROCA, I.M., *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

Capítulo 4

Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños

Adriana Dreyzin de Klor, Amalia Uriondo de Martinoli
y María Blanca Noodt Taquela

I. La jurisdicción internacional en la dimensión convencional

1. Tratados de Montevideo

92. Los TM de 1889 y 1940 contienen normas de jurisdicción internacional diseminadas tanto en los Tratados de derecho común como en los que regulan materias especiales. Nos referiremos en primer lugar a las disposiciones aprobadas en el primer Congreso Sudamericano, para luego abordar las reformas introducidas cincuenta años después, cuando se efectúa la revisión de la normativa a fin de adecuarla a las transformaciones operadas durante ese lapso de tiempo.

A) Tratados de Montevideo de 1889

93. El TMDCI dedica el Título XIV a regular la jurisdicción internacional directa. El art. 56 recoge la regla general que señala el tribunal competente para entablar las acciones personales, a partir de las siguientes conexiones:

– Paralelismo de competencias: es juez competente el del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio.

– Domicilio del demandado: funciona como foro concurrente a favor de ambas partes involucradas en el conflicto. Desde la óptica del demandado, al tener la facilidad de litigar en su propio domicilio evita la incomodidad de comparecer ante un foro extranjero. En tanto que, desde la mira del actor, éste se beneficia porque es en el domicilio del deudor

donde generalmente se supone que están situados sus bienes sobre los cuales el demandante podrá efectivizar los créditos.

– La regla general se ve desplazada por la recepción de soluciones especiales que se enuncian a continuación de ésta. Cabe advertir el empleo de distintos criterios según la materia de que se trate:

– Domicilio de la persona: su utilización se reitera a lo largo del convenio para distribuir la competencia ya sea en los casos de ausencia (art. 57); capacidad e incapacidad de las personas (art. 58); patria potestad, tutela, curatela (arts. 59, 61); validez, efectos personales, nulidad, divorcio y disolución del matrimonio (art. 62); como también respecto a la existencia y disolución de la sociedad civil (art. 65). A los efectos de evitar cualquier duda en su interpretación, las conexiones son calificadas de modo autárquico. Así, en el Título II se localiza el domicilio de los padres, tutores y curadores (art. 6), de los incapaces (art. 7), de los cónyuges (art. 8) y de las personas con domicilio desconocido (art. 9).

– Lugar de situación de los bienes: es determinante de jurisdicción para las acciones que versen sobre la propiedad, enajenación o que afecten los bienes de los incapaces (art. 60); resolver las cuestiones que surjan entre esposos sobre enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales (art. 63); entender en los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte (art. 66) y deducir las acciones reales y las denominadas mixtas (art. 67).

– Residencia: los jueces del lugar donde residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores, son competentes para entender de las medidas urgentes concernientes a las relaciones personales del matrimonio, patria potestad, tutela y curatela (art. 64).

94. El TMDComI contiene un importante número de reglas especiales de jurisdicción. Entre los criterios atributivos empleados, podemos mencionar los siguientes:

– Domicilio de las sociedades: determina la competencia para entender de las acciones que surjan entre los socios o que inicien los terceros contra la sociedad (art. 7) y sobre las reclamaciones que se deduzcan contra las sociedades de seguros (art. 10).

– Domicilio de la agencia marítima con la que contrata el fletador: atribuye competencia a los jueces de ese Estado para entender en las ac-

ciones basadas en el contrato de fletamento (art. 14). Si la agencia no existe al momento de entablar la demanda, se podrá accionar ante el domicilio de los interesados o representantes de ésta (art. 15).

– Domicilio del fletador: es el foro indicado cuando quien demanda es el fletante (art. 15).

– Lugar donde actúa la sociedad: funciona como foro concurrente al de su domicilio, para solucionar los conflictos que originen las operaciones que la sociedad realice en otro Estado (art. 7).

– Domicilio de las sucursales o agencias: las autoridades del lugar donde funcionan –que según la calificación acordada por la norma constituye el domicilio de éstas– son las competentes para entender de las operaciones que allí practiquen (art. 6).

– Domicilio de los demandados: determina el tribunal competente ante el cual se ventilarán las cuestiones surgidas en la negociación de la letra de cambio. Tienen jurisdicción los jueces del domicilio de cualquiera de los demandados, a la fecha en que se obligaron o al tiempo de entablarse la demanda (art. 34).

– Domicilio comercial del fallido: determina la competencia para conocer de los juicios de quiebra (art. 35). Si la persona declarada en quiebra tuviere dos o más casas comerciales independientes, entenderán los tribunales de los respectivos domicilios (art. 36).

– Residencia del fallido: este criterio interviene frente a pluralidad de concursos, para decidir el juez que dictará las medidas de carácter civil que afecten personalmente al fallido (art. 46).

– Lugar de radicación de los bienes hipotecados o prendados: ante los jueces de ese país podrán ejercer sus derechos los acreedores hipotecarios anteriores a la declaración de la quiebra (art. 43).

– Lugar de producción del hecho: en los supuestos de choque, abordaje y naufragio, cabe distinguir según los hechos ocurran en aguas jurisdiccionales o no (arts. 11 y 13). En el primer caso, los tres supuestos reciben igual solución y quedan sujetos a los tribunales del país en cuyas aguas se producen. En cambio, cuando tienen lugar en aguas no jurisdiccionales el tratado establece una solución diferente: para los choques y abordajes, conocerá el tribunal del país a que primero arriben. Si los buques arriban a puertos situados en distintos países, prevalecerá la competencia del juez que previene. Mientras que para el naufragio, se re-

conoce al actor la opción de accionar ante los tribunales del país del pabellón del buque o del domicilio del demandado.

– Situación de los bienes sobre los cuales se realiza el préstamo: es la jurisdicción elegida para resolver las cuestiones que surjan entre las partes de un contrato de préstamo a la gruesa. Se admite la concurrencia de los tribunales del lugar del contrato o del domicilio del demandado cuando no se pudiere hacer efectivo el cobro de las cantidades prestadas sobre los bienes afectados al pago (art. 18).

95. Los Tratados de propiedad literaria y artística y sobre marcas de comercio y de fábrica receptan un único criterio atributivo de jurisdicción, el del lugar de comisión del hecho, que es el foro que interviene para dilucidar las acciones de responsabilidad en que incurren quienes usurpen el derecho de propiedad literaria o artística, así como los que falsifiquen o adulteren las marcas de comercio o de fábrica (arts. 11 y 4, respectivamente). En el Tratado sobre patentes de invención se determina que las responsabilidades civiles y criminales en que incurran los que dañen el derecho del inventor, se perseguirán ante los jueces del lugar en que se ocasiona el perjuicio (art. 6).

B) Tratados de Montevideo de 1940

96. En orden a simplificar la exposición de la normativa aprobada en *oportunidad de la revisión de los Tratados de 1889*, consideramos prudente detenernos exclusivamente en las reformas introducidas. Éstas se manifiestan principalmente en el TMDCI:

– Supliendo el silencio del convenio anterior, el de 1940 admite la prórroga de jurisdicción una vez promovida la acción. Cabe consignar que esta facultad se limita a las acciones personales patrimoniales, exigiéndose que la voluntad del demandado se exprese de manera concluyente (art. 56, párr. 3°).

– Se suprimen los artículos que determinaban la competencia en las materias siguientes: declaración de capacidad e incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles (art. 58); las acciones que recíprocamente puedan interponerse los sujetos de la relación como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, tutela y curatela en todo lo

que los afecte personalmente (art. 59); las que versen sobre la propiedad, enajenación o actos que afecten los bienes de los incapaces (art. 60); y la relativa a los juicios que versen sobre la existencia y disolución de cualquier sociedad civil (art. 65).

– En virtud de haberse contemplado la situación de la mujer casada que ante el abandono de su marido conserva el domicilio conyugal (art. 9), se añade esta conexión para los juicios de nulidad de matrimonio, divorcio, disolución y todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos (art. 59). Uruguay hizo reserva a estos artículos.

– Se incorpora una disposición que prevé los juicios entre socios relativos a la sociedad, en cuyo caso entenderán los jueces del domicilio social (art. 62), el que se localiza en donde existe el asiento principal de sus negocios. En el caso de establecimientos, sucursales o agencias constituidas en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, lo tendrán en el lugar donde funcionan respecto a los actos que allí practiquen (art. 10).

97. El TMDComI de 1889 se divide en 1940 en los Tratados de derecho comercial terrestre internacional (TMDComTI) y de derecho de la navegación comercial internacional (TMDNComI). Podría afirmarse que el primero de los convenios mantiene, en líneas generales, las soluciones del Tratado de 1889 sobre los comerciantes y las sociedades. Sin embargo, la incorporación de una calificación autárquica del "domicilio comercial" deja sentir sus efectos, pues será el asiento principal de los negocios el foro ante el cual se entablen los conflictos que surjan entre los socios o las acciones que inicien los terceros contra la sociedad (art. 11).

En los contratos de seguros la solución difiere de lo dispuesto por el convenio anterior como consecuencia del deslinde entre las cuestiones terrestres y de la navegación. Se protege a la parte débil de la relación –el asegurado– a quien se le ofrece una serie de alternativas para ejercer las acciones derivadas de seguros terrestres o sobre la vida. Consecuentemente, el actor podrá optar entre los jueces del Estado por cuyas leyes se rigen dichos contratos; los del lugar donde están situados los bienes objeto del seguro; los del domicilio de los aseguradores o, en su caso, de sus sucursales o agencias, o los del domicilio de los asegurados (art. 13).

La nueva regulación ofrece también una serie de foros alternativos a elección del actor para entablar acciones fundadas en los contratos de transporte terrestre y mixto (arts. 16 a 18).

98. El TMDNComI de 1940, a diferencia de lo que sucede en el Tratado de 1889, deslinda en diferentes títulos el tratamiento de los abordajes (Título II), asistencia y salvamento (Título III) y averías (Título IV). Asimismo, se modifican los criterios determinantes de jurisdicción cuyo análisis pormenorizado se efectúa en el Cap. 30.2. al cual nos remitimos.

99. Cabe señalar que en 1940 el TMDProcI introduce en el Título IV, reglas sobre jurisdicción internacional en materia de concurso civil de acreedores. La tramitación debe efectuarse ante los jueces del domicilio del deudor (art. 16), y si hubiera bienes ubicados en otro u otros Estados signatarios, a pedido de los acreedores, podrá promoverse concurso independiente en cada uno de ellos (art. 17).

100. El Tratado sobre propiedad intelectual –conforme a la denominación otorgada por la revisión del Tratado sobre propiedad literaria y artística de 1889– a la vez que amplía el ámbito material de aplicación, para resolver sobre las responsabilidades en que incurran los que usurpen los derechos protegidos por el tratado, agrega al tribunal del lugar donde se hubiere cometido el acto ilícito, el del Estado donde se produjeren los efectos cuando dicho acto se hubiese consumado en un Estado no adherido; éste último actúa como foro alternativo (art. 12).

2. Código Bustamante

101. El Libro IV intitulado "Derecho procesal internacional" contiene en su Título II las reglas generales de competencia en materia civil y comercial. En orden al tema en análisis, es dable advertir que si bien guarda cierta analogía con la obra de Montevideo, difiere de ésta respecto al alcance que le confiere a la autonomía de la voluntad. En efecto, para entender de los conflictos derivados de las acciones civiles y mer-

cantiles, el Código admite tanto los acuerdos de elección de foro pactados antes de suscitada la controversia como los efectuados con posterioridad. En ese sentido, distingue entre la sumisión expresa y la tácita, estableciendo las condiciones que los interesados deberán cumplir.

La sumisión expresa queda configurada cuando la renuncia al fuero propio se expresa de forma clara y terminante y la designación del juez elegido se efectúa de modo preciso (art. 321). En tanto que la sumisión tácita dimana de la interposición de la demanda por el accionante ante un foro determinado y la realización de cualquier gestión por el demandado ante ese tribunal siempre que ésta no consista en oponer la declinatoria. Este tipo de sumisión no es admitida si el procedimiento se sigue en rebeldía (art. 322).

Ahora bien, conforme establece este cuerpo normativo, la prórroga, en cualquiera de sus manifestaciones, sólo será posible cuando al menos uno de los litigantes sea nacional del Estado contratante al que pertenece el juez o tenga en él su domicilio, "y salvo el derecho local contrario" (art. 318). Asimismo, procede únicamente cuando la elección recaiga en un juez que ejerza jurisdicción ordinaria, sea competente para entender en negocios de igual clase y revista el mismo grado que el juez que resultaría competente de no haberse efectuado dicha prórroga (art. 319).

Se fijan entonces los recaudos que deben existir para que se admita la prórroga como las condiciones cuya inexistencia es necesaria para que ésta proceda. En este sentido el Código preceptúa que si la ley de situación de los bienes inmuebles impide la prórroga de jurisdicción, no será posible acordarla cuando se trate de acciones reales o mixtas (art. 318, 2° párrafo). Además, las partes no podrán interponer expresa o tácitamente un recurso ante un juez o tribunal distinto de aquél a quien esté subordinado según las leyes locales, por haber conocido en primera instancia (art. 320).

102. A los fines de establecer criterios atributivos de competencia, el CB atiende a la naturaleza de la acción y a la índole del juicio. Conforme al primer aspecto, distingue entre acciones personales y reales o mixtas. Para las acciones personales la norma permite optar entre el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del demandado; previendo subsidiariamente la posibilidad de entablarlas ante los jueces de la re-

sidencia (art. 323). En cuanto a las acciones reales o mixtas la solución es más o menos flexible según recaiga sobre bienes muebles o inmuebles. En el primer caso, será competente el juez de la situación; si el actor desconoce dicho lugar, el foro para interponer las acciones es el del domicilio del demandado y en su defecto, el de la residencia de éste (art. 324). Si las acciones reales y mixtas de deslinde y división de la comunidad se ejercen sobre bienes inmuebles será competente el juez de la situación de los mismos (art. 325). En el supuesto que los bienes se encuentren situados en más de un Estado contratante podrá acudirse a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba la ley de la situación (art. 326).

103. Atendiendo al segundo aspecto, esto es a la índole del juicio, los criterios plasmados en el Código son los siguientes: los juicios sobre sucesiones *ab intestato* o testamentarias, se tramitarán ante los jueces del último domicilio del causante (art. 327). En los concursos de acreedores y quiebras se diferencian los supuestos, dependiendo la competencia de que la presentación sea voluntaria del deudor o de que los juicios sean promovidos por los acreedores. Cuando el deudor se presentare voluntariamente ante los jueces del Estado de su domicilio corresponderá a ellos entender en la causa. En caso contrario, reviste carácter preferencial el foro del domicilio del deudor si él o la mayoría de los acreedores la reclamasen. También se reconocerá competencia a los jueces de cualquiera de los lugares en que estén conociendo de la reclamación que motiva a los acreedores (art. 329).

104. Cuando se trata de actos de jurisdicción voluntaria, salvo el caso de sumisión expresa o tácita y lo dispuesto por el derecho local, al juez del lugar donde la persona que los motive tenga o haya tenido su domicilio o en su defecto su residencia, le corresponde entender de dichos actos (art. 330). Otra es la solución si los actos de jurisdicción voluntaria son en materia de comercio, pues el Código elige como criterio principal el del lugar donde la obligación debe cumplirse, actuando de manera subsidiaria el del lugar del hecho que los origine; también en esta disposición se deja a salvo la sumisión y lo dispuesto por el derecho local (art. 331).

105. Finalmente, cabe señalar que el CB prevé que cada Estado contratante establezca la competencia preferente de los diversos jueces conforme a su derecho nacional (art. 332). De otro lado, el ordenamiento normativo en análisis establece asimismo excepciones a las reglas expuestas precedentemente, a cuyo fin tiene en cuenta la naturaleza de la acción y el carácter en que actúa la persona. Así, no reconoce competencia a los tribunales de un Estado contratante cuando se trate de asuntos civiles y comerciales en que sea demandado otro EP o un Jefe de Estado, salvo que éste acepte someterse a los tribunales del país ante el cual ha sido demandado o que reconvenga. Ello es válido tanto para el ejercicio de acciones personales como reales quedando a salvo en este último caso la prohibición de pactar la competencia cuando lo prohíba la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles (arts. 333 y 334). En cambio, si los sujetos mencionados actúan como particulares o personas privadas se aplicarán las reglas de jurisdicción previstas para ejercitar las acciones reales o mixtas conforme las reglas generales analizadas, solución que se extiende a los juicios universales sin importar el carácter con que en ellos hayan actuado (arts. 335 y 336).

3. CIDIP

106. El órgano codificador interamericano ha tenido una relación bastante interesante, aunque limitada materialmente, con el tema de la jurisdicción internacional, entendida ésta en el sentido más estricto. Son varias las convenciones interamericanas que incluyen, entre una regulación más escorada hacia el sector del derecho aplicable (de hecho, varias de ellas utilizan la terminología tradicional de "conflictos de leyes"), al menos unas pocas normas de jurisdicción internacional directa. Así, encontramos los arts. 8 de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (CIDIP I); 6 de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II); 15, 16 y 17 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III); 8, 9 y 10 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV); 6 de la Convención interamericana sobre

restitución internacional de menores (CIDIP IV); 15 y 16 (arbitraje) de la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera (CIDIP IV); y 13 y 16 de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V). La lectura de estas normas deja entrever dos tendencias en la reglamentación de la jurisdicción internacional en el ámbito interamericano: la importancia que va adquiriendo el foro de la residencia habitual de la persona y el espacio dado a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 8 Convención de alimentos).

107. Si se toma la jurisdicción internacional en su acepción más extensa, podrá verse un amplio tratamiento de la misma en dos convenciones que han tenido distinta suerte. Uno es el caso de la "jurisdicción" arbitral, del que se ocupó la CIDIP en su primera reunión a través de la conocida como Convención de Panamá (ver este Cap., punto IV.1.B), vigente en nada menos que diecisiete Estados (todos los latinoamericanos, a excepción de Nicaragua, Haití y República Dominicana –recuérdese que Cuba está "suspendida" de la OEA desde 1962–, más Estados Unidos). La otra convención sí regula específicamente la jurisdicción de jueces y tribunales, pero en su versión indirecta, es decir que a pesar de su apariencia de normas de jurisdicción, se trata de reglas del sector de reconocimiento. Se trata de la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (CIDIP III), elaborada para "la eficaz aplicación" de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II), que en su art. 2.d exige, como una de las condiciones que debe reunir una decisión judicial o arbitral para ser reconocida fuera del Estado en el cual se ha dictado, que: "(...) el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto". La Convención que regula la jurisdicción internacional indirecta ostenta el poco halagador privilegio de ser uno de los dos únicos textos elaborados por la CIDIP –de los 23 aprobados en las cinco primeras conferencias– que no ha entrado en vigor (ver Cap. 11.I.3).

4. Eventual reflejo de otras convenciones en los Estados americanos

A) Reglamentación comunitaria europea: el sistema de Bruselas

108. Cuando en 1957 se creó la Comunidad Económica Europea (ahora Comunidad Europea, que funciona en el marco de la Unión Europea) entre Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, los autores del Tratado constitutivo (Tratado de Roma), previeron la posibilidad de que los Estados miembros se dieran una regulación común en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras. Concretamente, el art. 220 de dicho Tratado (293 en la nueva numeración) señalaba que "Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar: (...) la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales". Esa exhortación (que no mandato) fue rápidamente tomada en cuenta por los Estados comunitarios, que sin dilación se pusieron manos a la obra de elaborar un texto en ese sentido, bajo una forma no comunitaria sino intergubernamental, es decir, una convención entre los seis Estados en lugar de un reglamento o una directiva de la Comunidad. De lo que se trataba, como se ha dicho y repetido hasta el cansancio, era de establecer un mecanismo que permitiera el funcionamiento normal del esquema comunitario de libertades de circulación; algo así como una quinta libertad (instrumental) junto a las básicas del mercado único: mercancías, servicios, capitales y personas.

En el transcurso de las negociaciones a tal fin, la recepción de la sugerencia del art. 220 se redujo por un lado y se amplió por otro. La reducción vino por el lado estrictamente material, al dejar afuera el tema del arbitraje, por considerar (con mucha sensatez) que ya estaba suficientemente regulado por otras convenciones internacionales. La ampliación es mucho más trascendente y consiste en la elaboración de una convención "doble", esto es, reglamentando no sólo el reconocimiento sino también la jurisdicción. Como ya sabemos, una condición esencial para que una decisión extranjera despliegue efectos en un Estado consiste en que haya sido dictada por un juez competente, es decir, por alguien facultado para dictar tal decisión. Dicha condición aparece, así, en todos los sistemas de reconocimiento, en no pocos casos, bajo la for-

ma de detalladas normas de jurisdicción indirecta. Pues bien, los autores del texto europeo cambiaron radicalmente la perspectiva de elaboración del mismo, y en lugar de una convención sobre *reconocimiento* con normas de jurisdicción indirecta, parieron una convención sobre jurisdicción y reconocimiento en la cual, siendo realistas, el segundo está en función de la primera. Dicho de otro modo, la actuación de los jueces según los criterios previstos en la Convención garantiza, en principio, los efectos de la decisión judicial en los demás EP. De allí que se diga que la Convención de Bruselas es "doble" (reglamenta la jurisdicción y el reconocimiento) y no "simple" como todas las convenciones que tradicionalmente han regulado los efectos extraterritoriales de las decisiones judiciales o arbitrales.

Así nació la Convención de Bruselas de 1968 que regula la jurisdicción y el reconocimiento en materia de derecho privado patrimonial, aunque su título se refiere, de forma menos precisa, a la materia civil y mercantil. Su carácter no comunitario obligó a los EP a elaborar un Protocolo otorgando competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la interpretación "auténtica" de la convención, a fin de asegurar que los esfuerzos hechos para lograr una disciplina común de tales materias no se vieran frustrados por interpretaciones divergentes. Tanto la Convención como el Protocolo sufrieron adaptaciones a las nuevas situaciones creadas por las sucesivas ampliaciones de la Comunidad, a saber: Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda; Grecia; España y Portugal; y Austria, Finlandia y Suecia. Precisamente, el señalado carácter intergubernamental de la Convención y del Protocolo obligó en cada caso a todos los Estados a ratificar las nuevas versiones, lo cual ha causado bastantes problemas, sobre todo por la falta de simultaneidad en la entrada en vigor de los nuevos textos. Además de eso, en 1988, como parte del acercamiento entre la CE y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA), todos los Estados miembros de ambas organizaciones (entonces doce y seis, respectivamente) celebraron la Convención de Lugano, que reproduce la filosofía, el contenido con muy pocos cambios y la numeración de la Convención de Bruselas. La Convención de Lugano está vigente en todos esos Estados, pero debe tenerse en cuenta que la AELC ha quedado muy diezmada después de que Austria, Finlandia y Suecia se sumaran a la UE.

El panorama ha cambiado totalmente en el año 2000 con la aprobación de dos Reglamentos comunitarios sobre jurisdicción y reconocimiento, uno en materia familiar (en vigor desde el 1/3/2001) y otro que comunitariza la Convención de Bruselas (en vigor desde el 1/3/2002). El primero de esos textos tiene su origen en una Convención que no llegó a entrar en vigor y que se ocupaba de extender el sistema de Bruselas (razón por la cual es conocido como "Bruselas II") a materias excluidas de su ámbito material, concretamente a la separación judicial, el divorcio, la nulidad y la responsabilidad del padre y de la madre sobre los hijos comunes. El segundo se mantiene en el ámbito del derecho privado patrimonial, aprovechando el paso de lo intergubernamental a lo supranacional para introducir varias modificaciones sustanciales en el texto vigente de la Convención.

109. En forma muy sucinta, puede indicarse que las reglas de jurisdicción de la Convención de Bruselas de 1968 (con todas sus modificaciones) funcionan según un sistema jerarquizado que las dispone en tres escalones: Primero tenemos los foros exclusivos, referidos a unas materias muy concretas que, en caso de situarse en un EP, impiden la actuación de los jueces de todos los demás por cualquier título que sea. Si no se trata de una materia sujeta a jurisdicción exclusiva, las partes pueden designar como competentes a los jueces de cualquiera de los EP, bajo ciertas condiciones. Tal designación, que configuraría el segundo escalón de la jerarquía, puede realizarse en forma expresa o tácita. Si no hay acuerdo previo eligiendo el juez competente, el actor puede elegir entre presentar la demanda ante los jueces del domicilio del demandado o ante alguna de las jurisdicciones especiales que le brinda la Convención (tercer y último escalón).

Para tres categorías contractuales donde intervienen "partes débiles" (seguros, consumo y trabajo), la Convención limita aunque no excluye la autonomía de la voluntad, a la vez que dispone foros de jurisdicción protectores de los intereses del asegurado o tomador del seguro, del consumidor y del trabajador, respectivamente. Además de eso, la Convención incorpora normas para solucionar problemas de aplicación de las normas de jurisdicción; señaladamente, el control de oficio de la jurisdicción, y la litispendencia y la conexidad internacionales. Por último, se

establece una norma particular de jurisdicción para la adopción de medidas cautelares.

110. Pero lo que más interesa destacar, desde la óptica de nuestros países, es que la Convención de Bruselas de 1968 estableció una particular definición para su ámbito de aplicación espacial, tomando como criterio básico el domicilio de las personas y no la nacionalidad. Los foros exclusivos se aplican siempre, con independencia de donde estén domiciliadas las partes, siempre que el criterio retenido se encuentre en un EP. Por ejemplo, son exclusivamente competentes en materia de derechos reales sobre inmuebles, los jueces del EP en que se encuentre situado el inmueble; a esos efectos, da igual que las partes estén domiciliadas en Estados que no sean partes de la Convención, como los mercosureños. Para que juegue el foro de la sumisión expresa, es necesario que al menos una de las partes (demandante o demandado) tenga su domicilio en un EP. En cambio, según la interpretación más esmerada del art. 18 de la Convención, ningún vínculo domiciliar es requerido para que opere la sumisión tácita.

Fuera de estos casos (foros exclusivos y foros de la autonomía de la voluntad), que podemos considerar excepcionales, la condición básica de aplicabilidad de la Convención estriba en que el demandado tenga su domicilio en un EP, lo cual no significa que en un caso concreto vaya a actuar el juez de ese Estado. Como antes dijimos, no mediando foro exclusivo ni autonomía de la voluntad, el demandante tiene la facultad de elegir entre el juez del domicilio del demandado (que tiene que estar en un EP para que la Convención resulte aplicable) y el juez señalado específicamente para la materia en cuestión (por ejemplo, el juez del lugar de producción del hecho dañoso en materia de obligaciones extracontractuales).

Cuando el demandado está domiciliado en un EP, entonces, la Convención se aplica. Eso implica que el juez debe basar su competencia en uno de los criterios previstos en la Convención y en ningún otro. En particular, el juez tiene prohibido fundar su actuación en algún foro exorbitante previsto en su legislación nacional. Pero si el demandado no está domiciliado en un EP, el juez sí que puede utilizar esos criterios de jurisdicción discriminatorios contra el demandado. Así que el juez francés, por ejemplo, no puede considerarse competente en una demanda contra una persona física o jurídica domiciliada en España en razón de

que el demandante tenga nacionalidad francesa (ver arts. 14 y 15 CC francés). Sin embargo, la Convención autoriza expresamente la utilización de tal foro exorbitante si el demandado está domiciliado, supongamos, en un Estado del MERCOSUR. La consecuencia más relevante de esta disposición es que la decisión de tal juez exorbitante tendrá efectos, salvo raras excepciones, en todos los demás Estados europeos, en virtud, precisamente, de la misma Convención.

111. La comunitarización de la Convención de Bruselas y su "ampliación" material a las cuestiones familiares (téngase en cuenta que ya está avanzada la preparación de un nuevo texto sobre jurisdicción y reconocimiento en materia de menores) implica un cambio muy significativo. Entre otras muchas cosas, la utilización de Reglamentos que entran en vigor al mismo tiempo en todos los Estados miembros sacan estas normas del ámbito de relatividad e incertidumbre que siempre tienen las convenciones internacionales. Sin embargo, debe saberse que, con distinto alcance, Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda, se situaron al margen de las realizaciones en materia de cooperación en asuntos de justicia y asuntos de interior de la UE, dentro de la cual se inscribe el desarrollo comunitario del DIPr (a través de la llamada "cooperación en materia civil"), con ocasión de la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992. Dinamarca ha quedado por lo tanto excluida de los Reglamentos aprobados hasta el momento, mientras que los otros dos países se han sumado a la unificación del DIPr comunitario.

Desde la perspectiva estricta de las normas de jurisdicción, en la nueva etapa de auténtico DIPr comunitario europeo, la situación no es muy diferente a la antes descripta. Por ejemplo, según el juego de los arts. 7 y 8 del Reglamento sobre jurisdicción y reconocimiento en materia de familia, el cónyuge que tenga la nacionalidad de un Estado de la UE (es decir un ciudadano europeo) y que resida habitualmente en un Estado comunitario (el de su nacionalidad u otro) puede demandar a su cónyuge no comunitario ni residente en un país de la UE (uruguaya residente en Paysandú, Uruguay, por ejemplo) ante los tribunales de cualquier país de la UE, sobre la base de los foros exorbitantes que pudieran existir en esa jurisdicción. Así, cualquier marido ciudadano europeo puede demandar por separación, divorcio o nulidad (y en su caso, respecto de la responsabilidad

sobre los hijos comunes) a la esposa uruguaya del ejemplo, ante un juez francés, ya que en el sistema francés (arts. 14 y 15 CC) la nacionalidad francesa del demandante sirve para fundar la jurisdicción. Eso no podría hacerlo si la mujer fuera comunitaria europea o, aun siendo uruguaya, tuviera residencia habitual en un país de la UE (Gaudemet-Tallon).

B) El proyecto de Convención "mundial" de La Haya

112. La cooperación internacional en materia de reconocimiento y de jurisdicción (ver Cap. 1.IV.3), sobre la base de las exigencias de una *comitas gentium* cualitativamente distinta a aquella que fuera propuesta por sus originales teóricos (Voet, Huber, etc.), encuentra una de sus manifestaciones más ambiciosas –y tal vez por ello más complicadas de realizar– en los esfuerzos que se vienen llevando a cabo en el seno de la Conferencia de La Haya para elaborar una convención sobre jurisdicción internacional y reconocimiento de sentencias en materia civil y comercial. Es ciertamente significativo que sea precisamente Estados Unidos el país que ha presentado la iniciativa en tal sentido y que está intentando sacarla adelante. Esa demostración de proclividad a vincularse, con carácter general, con un conjunto eventualmente amplio de Estados en materia de reconocimiento cobra mayor relieve si se toma en cuenta que la actitud tradicional norteamericana ha sido la de no consentir jamás dicha posibilidad, aunque, en honor a la verdad, aun sin mediar tal "obligación", Estados Unidos no es un país complicado para reconocer y ejecutar sentencias extranjeras.

La propuesta inicial norteamericana (de junio de 1992) era la de una convención ni simple ni doble sino "mixta" y, pese a los denodados esfuerzos de los delegados de los países comunitarios para vincular tanto como fuera posible la nueva convención al modelo de Bruselas, es así como ha quedado en el Proyecto que ahora se intenta aprobar. Más concretamente, se intentó hacer un encaje de bolillos para que todos quedaran contentos. Así, en términos muy generales, el Grupo de Trabajo que se conformó en la Conferencia asumió en un principio la propuesta de Estados Unidos, pero reconociendo la importancia de contar con un texto que pudiera basarse en el modelo de Bruselas / Lugano, introduciendo las "correcciones" exigidas por el paso de un ámbito regional a otro

universal. Sin embargo, las negociaciones posteriores muestran además de los problemas en la definición de las cuestiones técnicas, como sucede en la elaboración de cualquier convenio internacional, algunos conflictos de intereses de difícil solución.

113. El Proyecto contiene una filosofía un tanto singular (dando por resultado el carácter "mixto" que antes mencionamos) que organiza los criterios en los cuales se puede fundar la jurisdicción de los tribunales de un EP, a efectos principalmente del reconocimiento, en tres zonas: una "blanca", que agrupa los criterios más razonables, obligando –en principio– al juez indicado a asumir su competencia y a los demás a otorgar eficacia a la decisión dictada por aquél (residencia habitual del demandado en el foro, sumisión expresa o tácita, lugar de situación del inmueble para las acciones sobre derechos reales, etc.); una "negra", con los foros exorbitantes (nacionalidad del demandante, foro del patrimonio del demandado, presencia del demandado en un país sin ánimo de permanencia, etc.), que no permiten la atribución válida de jurisdicción si el demandado tiene su residencia habitual en un EP y, que en caso de ser utilizados, imposibilitan el reconocimiento y la ejecución de la decisión adoptada; y otra "gris", donde se incluyen los criterios que permiten la asunción de jurisdicción según los criterios previstos por la ley nacional, sin la obligación de reconocer por parte de la autoridad judicial del Estado requerido (foros especiales en algunas materias específicas, como el derecho de la competencia, la responsabilidad por los productos o la protección del medio ambiente, etc.).

Los países comunitarios europeos han presionado para la supresión de la lista gris de foros de jurisdicción, argumentando que ésta dejaría, bajo la invocación de una aparente flexibilidad necesaria, una zona de incertidumbre incompatible con las obligaciones que supone para los eventuales EP la incorporación a una convención de este tipo. Esto llevó en un momento de las ya largas negociaciones a la imposición de un modelo de convención doble, pero después se volvió a una fórmula más cercana a la propuesta inicial. Con mayor amplitud, puede decirse que en el estado de las negociaciones a fines de 2002 los Estados europeos no se muestran especialmente entusiasmados con la concreción de la iniciativa norteamericana. La razón de esta falta de entusiasmo hay que cen-

trarla sobre todo en el interés de aquéllos en mantener las ventajas que les brinda la vigencia del sistema de Bruselas, en especial frente a los casos vinculados a la vez con EP y terceros países. A nuestro entender, los países comunitarios, acostumbrados a imponer sus criterios en la Conferencia de La Haya, no han actuado con la delicadeza necesaria en su evidente intento por extender el modelo de Bruselas a escala mundial, acaso por la facilidad con que se fraguó en su momento su extensión a los países de la AELC (Convención de Lugano de 1988).

Desde un punto de vista más particular, existe una gran cautela de los Estados europeos respecto de los efectos que el futuro convenio podría tener sobre la regulación de la jurisdicción y el reconocimiento en materia de *punitive dammages*, a la luz de las indemnizaciones siderales que suelen fijar los tribunales norteamericanos. Otra cuestión que ha suscitado controversias es la eventual admisión de la doctrina del *forum non conveniens* (ver *supra*, Cap. 3.IV.4) de normal aplicación en el marco del *common law* y visto como una violación del derecho al juez predeterminado por la ley por algunos representantes europeos (Borrás). También debe tenerse en cuenta que la creciente influencia de Internet en la configuración actual de las obligaciones contractuales y extracontractuales, requiere una reglamentación específica de diferentes aspectos respecto de los cuales existen intereses difíciles de conciliar; esto está siendo especialmente complicado en materia de comercio electrónico entre empresas y consumidores.

De parte de Estados Unidos hay una comprensible preocupación para superar la situación actual, en la cual las Convenciones de Bruselas y Lugano dan luz verde a la actuación de los foros exorbitantes vigentes en los países europeos cuando el demandado no está domiciliado en un EP. Esto último ha provocado una cierta polarización entre los países de Bruselas y Lugano (a los que se agregan todos los demás europeos que aspiran a entrar en la UE, con lo cual suman más de treinta –debe recordarse que la Conferencia sólo cuenta con cincuenta y siete Estados miembros al 1°/12/2002–), por un lado, y los países no europeos, por otro, aunque en este grupo no hay tanta homogeneidad de criterios como en el primero. Hasta ahora al menos, los países que se han mostrado más cercanos a las posiciones norteamericanas han sido Australia, Japón, Corea del Sur y, curiosamente, China. Del lado latinoamericano, con algunas excepciones, no parece que se le esté dando al tema la importancia que el mismo exige.

II. La jurisdicción internacional en la dimensión institucional mercosureña

1. Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual (Buenos Aires, 1994)

A) Ámbito de aplicación

114. El Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual, suscripto en Buenos Aires, el 5 de agosto de 1994 (Dec. CMC 1/1994), ha sido aprobado por Argentina por Ley N° 24.669 del 3/7/1996, por Brasil por decreto-legislativo N° 129 del 5/10/1995 y por Paraguay por Ley N° 597/1995 del 15/6/1995. Fue ratificado por Argentina el 31/10/1996, por Brasil el 7/5/1996 y por Paraguay el 12/9/1995; por lo que de acuerdo a su art. 16 se encuentra vigente entre estos tres países. Al 1°/12/2002 el Protocolo no ha sido ratificado por Uruguay.

El Protocolo de Buenos Aires rige la jurisdicción en contratos internacionales civiles o comerciales celebrados entre particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, no quedan comprendidos los contratos en los que sea parte un Estado, o una empresa o sociedad del Estado (art. 1). Resulta aplicable, entre otros, a los contratos de compraventa, suministro, intercambio compensado, distribución, agencia, franquicia, *leasing*, *factoring*, préstamos, contratos de prestación de servicios, de construcción, de turismo, de licencia de marcas, patentes, *know-how* y otros contratos sobre derechos intelectuales, contratos de agrupaciones empresariales y aspectos contractuales de las *joint-ventures* (Perugini). El Protocolo no se aplica a los contratos de trabajo, de venta a consumidores, de transporte, de seguros, ni a los acuerdos celebrados en materia de concursos y quiebras, derecho de familia y sucesiones, seguridad social, derechos reales, ni contratos administrativos (art. 2).

Los contratos de reaseguro no están excluidos porque las razones que determinan la exclusión de los contratos de seguro no se encuentran presentes en el reaseguro (López Saavedra). La modalidad de contratación del seguro, típicamente por adhesión, la existencia de condiciones generales y la necesidad de proteger a la parte más débil del contrato, no aparecen en el reaseguro, por lo que es aplicable el Protocolo de Buenos Aires. En el mismo sentido, aunque estén excluidos los contratos de transporte,

no lo están los contratos de fletamento, de remolque, de locación y de *leasing* de aeronaves. Algunas modalidades de transporte, como el multimodal de carga, han sido ya reguladas por otros instrumentos del MERCOSUR como veremos más adelante (Cap. 30.V.3).

115. En lo que respecta al ámbito espacial de aplicación, el Protocolo de Buenos Aires se aplica respecto de contratos celebrados entre personas domiciliadas en diferentes Estados del MERCOSUR (art. 1.a). Pensamos que la calificación de domicilio de las partes debe tomarse del art. 9 del Protocolo, porque no sería deseable para los fines del proceso de integración acudir a calificaciones diferentes de los sistemas de DIPr autónomos de cada país. Ello, a pesar de que el art. 9 esté redactado en forma limitativa: "A los fines del artículo 7, literal b) se entenderá por domicilio del demandado...". Por lo tanto, utilizando las calificaciones del art. 9, entendemos que las personas jurídicas se considerarán comprendidas en el ámbito del Protocolo, no sólo cuando tengan su sede social en alguno de los países del MERCOSUR, sino también cuando se encuentren sucursales, establecimientos, agencias u otro tipo de representaciones, en alguno de los EP, en tanto la contratación haya sido celebrada a través de ellos (art. 9.b).

El Protocolo se aplica también aunque una sola de las partes esté domiciliada en un Estado del MERCOSUR, cuando se ha pactado la jurisdicción de un EP del MERCOSUR y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo (art. 1.b). Queda excluida entonces de su ámbito espacial de aplicación la jurisdicción internacional entre una parte domiciliada en el MERCOSUR y otra parte domiciliada en un tercer Estado, cuando se pacta la jurisdicción de un Estado no parte del MERCOSUR. Tampoco se aplica el Protocolo para determinar la jurisdicción internacional en materia contractual entre personas domiciliadas en el MERCOSUR y personas domiciliadas en terceros Estados, cuando no existe pacto de jurisdicción (art. 1). En estos casos deberá acudirse a las normas de jurisdicción internacional de cada uno de los países, con excepción de los pocos casos en que exista algún tratado internacional sobre la materia.

Existe conexión razonable en todos los supuestos en que un Estado estaría investido de jurisdicción subsidiaria (art. 1.b), según los arts. 7 a 12

del Protocolo. Deben aceptarse como razonables, en nuestra opinión, el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones, ya que se desconoce quién promoverá la demanda, el domicilio de cualquiera de los contratantes (art. 7.b y c) y el lugar de celebración del contrato por parte de personas jurídicas cuya sede se encuentre en otro EP (art. 11). No pareciera que puedan admitirse otras conexiones que no figuren como supuestos de jurisdicción subsidiaria, ya que el art. 1.b hace expresa referencia a las normas de jurisdicción del Protocolo. Pensamos que la exigencia de conexión razonable no tendrá mucha importancia práctica, pues la experiencia demuestra que en la gran mayoría de los casos, la jurisdicción pactada coincide con alguno de los supuestos de jurisdicción subsidiaria.

Al considerarse la conexión razonable como una condición de aplicación del Protocolo y no como un requisito de validez del pacto de jurisdicción, si no existiera tal conexión razonable, la validez del acuerdo de jurisdicción quedará regida por el DIPr autónomo del país donde se promueve la acción y las soluciones que darán los tribunales no serán uniformes en los cuatro países del MERCOSUR. No parece una solución deseable para casos que indudablemente están conectados con el MERCOSUR, porque se pactó la jurisdicción de un país miembro y porque uno de los contratantes está domiciliado en un país contratante. Además, si el Protocolo no requiere para la validez del pacto de jurisdicción conexión razonable con ese país, ¿por qué se exige este requisito para determinar el ámbito de aplicación del Protocolo? ¿O será que se quiso exigir una conexión razonable para la validez del pacto y sin embargo la norma fue redactada como condición de aplicación del Protocolo?

B) Alcance de la autonomía de la voluntad

116. El aspecto más importante del Protocolo es el alcance amplio que otorga a la autonomía de la voluntad, permitiendo pactar los tribunales que entenderán en los litigios que surjan de contratos internacionales. El acuerdo de elección de foro debe realizarse por escrito, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, incluso una vez surgido el litigio (arts. 4 y 5). La forma escrita tiene como función garantizar que el consentimiento de las partes sea manifestado de un modo claro y preciso y sea efectivamente probado.

Cabe plantearse si constituye acuerdo escrito la cláusula de jurisdicción inserta en las condiciones generales que figuran al dorso de un documento emitido por una de las partes y remitido a la otra, sin que ésta expresara oposición a la cláusula. La jurisprudencia argentina ha aceptado la validez de la cláusula en estos casos, por ejemplo en "*Nefrón S.A. c/ Gambro Sales A.B*" (CNCom-A, 14-9-1988 RDCO, 1988-969). No compartimos la solución del fallo, porque pensamos que no se cumple la exigencia de la forma escrita, salvo que el contrato firmado por ambas partes o el intercambio de comunicaciones contenga una remisión expresa a las condiciones generales, tal como lo ha resuelto el TJCE en los casos "*Estasis Salotti di Colzani c/ Ruwa*" (14/12/1976) y "*Russ c/ Goeminne Hout*" (19/6/1984).

117. Para que el acuerdo sea válido no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4). La fórmula fue propuesta por la delegación uruguaya, quien la reiteró en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 4), ya que se trata de un criterio aceptado por la doctrina uruguaya (Tellechea Bergman), que fue incluso negociado en el Convenio de cooperación jurídica entre España y Uruguay, del 4 de noviembre de 1987, al determinar los criterios de la competencia internacional indirecta (art. 5).

No conocemos aún jurisprudencia que interprete esta fórmula, pero pensamos que un acuerdo de elección de foro contenido en un contrato de adhesión podría ser considerado en ciertas circunstancias abusivo. En cambio, la existencia de cláusulas predispuestas por sí sola no implicará obtención abusiva del pacto, salvo que se diera una irrazonable disparidad de poder negociador o un abuso de posición dominante, como se sostuvo en el caso argentino "*Quilmes c/ Vigan S.A.*" (CNCom C, 15/3/1991 *Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera* 1991-3-626).

No hay competencias exclusivas en el Protocolo de Buenos Aires que primen sobre la autonomía de la voluntad de las partes, ya que diversas materias que podrían haber sido objeto de este tipo de regulación, están excluidas del ámbito de aplicación material del mismo.

118. La ley aplicable a la validez y los efectos del acuerdo de elección de foro regula aquellos aspectos de la declaración de voluntad de las par-

tes que no están contemplados expresa o implícitamente por las normas materiales del tratado internacional. Cuestiones tales como la existencia misma del acuerdo –independientes de la forma– y los vicios del consentimiento requieren un derecho nacional que los rija, ya que no han sido reglados por el Protocolo. Entre las distintas posturas doctrinarias existentes, el Protocolo de Buenos Aires ha optado por las leyes de los tribunales excluidos por el acuerdo, que deben aplicarse en forma alternativa en favor de la validez (art. 5, 2° y 3° párrafos). Otra posibilidad que sostiene la doctrina es aplicar la ley del tribunal elegido, que no se utilizará en el marco del Protocolo de Buenos Aires salvo, claro está, que este tribunal fuera uno de los que habrían tenido jurisdicción subsidiaria. La jurisprudencia de Argentina se ha inclinado por regir la validez del acuerdo de elección de foro por la ley del tribunal que conoce en la causa, sea o no el designado, pues de él dependerá considerarse competente: caso "*Inta SA*", 14/10/1993 (*ED*, 157-131).

119. Se admite también la prórroga posterior a la iniciación de la demanda, aun en el caso de que se hubiera pactado la jurisdicción de otro tribunal (art. 6). El texto sigue el art. 56, último párrafo, del TMDCI de 1940, por lo que resultan aplicables las interpretaciones dadas a este texto. La sumisión voluntaria del demandado sólo puede producirse una vez que se ha interpuesto la demanda: se trata de la "prórroga *post-litem*". La voluntad debe expresarse en forma positiva y no ficta, fórmula propuesta por el delegado de Perú en el Congreso de Montevideo de 1940. Forma positiva comprende tanto la forma expresa de manifestación de la voluntad, como la tácita, que resulta de presentarse en el juicio sin cuestionar la competencia. La forma ficta –no aceptada por el Tratado de Montevideo de 1940 ni por el Protocolo de 1994– se refiere al supuesto en que la jurisdicción internacional no es cuestionada porque el demandado no ha comparecido en el proceso y se encuentra rebelde. En síntesis, se admite la prórroga de jurisdicción posterior a la interposición de la demanda, si el demandado comparece sin cuestionar la jurisdicción, pero no si se lo declara rebelde (art. 6).

Hay que destacar que técnicamente para que se trate de prórroga de jurisdicción, el actor debe iniciar la demanda ante un tribunal que carece de jurisdicción en virtud de las normas de los arts. 7 a 12 del Protocolo.

Por lo contrario, si se accionara ante alguna de las jurisdicciones previstas en el Protocolo de Buenos Aires, el actor estaría ejerciendo la facultad de elegir entre las jurisdicciones concurrentes que el tratado prevé ("determinación electiva de la jurisdicción", según Werner Goldschmidt) y el demandado carecería de derecho a oponerse a la competencia elegida por el actor, puesto que no se trata de un supuesto de prórroga, como se interpretó correctamente en los casos argentinos "*Sastre c/ Bibiloni*", 25/6/1968 (ED, 24-1) y "*Quiroga c/ Liga Argentina de Baby Futbol*" (CNCiv-J, 22/12/1997). La prórroga posterior a la demanda, criticable cuando es la única posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad como sucede en el TM de 1940, resulta una complementación adecuada del acuerdo expreso de elección de foro, por lo que consideramos beneficioso que el Protocolo de Buenos Aires la haya aceptado.

120. Cuando las partes han acordado por escrito someterse a los tribunales de otro país, o cuando las reglas subsidiarias no atribuyen jurisdicción internacional a un Estado, el juez no debe declarar de oficio su incompetencia antes de citar al demandado, ya que al admitirse la prórroga *post litem* el demandado podría consentir la jurisdicción. Supongamos una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales de Río de Janeiro, en un contrato celebrado entre una empresa domiciliada en Argentina y otra en Brasil. Si la empresa argentina promueve la demanda en Argentina, el juez no debe ni puede declarar su falta de jurisdicción antes de dar traslado de la demanda, porque el art. 6 otorga primacía a la sumisión tácita posterior a la iniciación de la demanda, respecto al pacto de jurisdicción escrito. El Protocolo receptó así en forma expresa la interpretación dada por el TJCE en el caso "*Elephanten*" (1981) a la relación existente entre los arts. 17 y 18 de la Convención de Bruselas de 1968.

Si el demandado no comparece en el juicio, no existirá prórroga de la jurisdicción, ya que el demandado debe admitirla en forma positiva y no ficta. El juez del MERCOSUR carece de una norma expresa que lo obligue a declarar su incompetencia después de la notificación de la demanda, a diferencia de lo que establece el art. 20 de la Convención de Bruselas de 1968; además, las normas procesales internas no permiten generalmente la declaración de oficio de la incompetencia después de la

citación al demandado (por ejemplo, Argentina: art. 4 del CPCN). A pesar de ello, creemos que una interpretación adecuada que torne operativo el art. 6 del Protocolo, requiere que el juez se declare incompetente si no existe ningún criterio previsto para su actuación y el demandado no se presenta después de haber sido notificado. Si el juicio se continúa tramitando, la sentencia que se dicte probablemente no será reconocida por falta de jurisdicción internacional indirecta (art. 20.c Protocolo de Las Leñas y art. 14 Protocolo de Buenos Aires).

C) Jurisdicción subsidiaria

121. Si las partes no han elegido el tribunal competente, se prevén cuatro jurisdicciones concurrentes, a elección del actor: a) lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (arts. 7.a y 8); b) domicilio del demandado (arts. 7.b. y 9); c) domicilio del actor, cuando demostrare que cumplió su prestación (art. 7.c); y d) lugar de celebración del contrato por parte de personas jurídicas demandadas, cuya sede se encuentre en otro EP (que coincidirá generalmente con el domicilio del actor) (art. 11). En la práctica, podría decirse que normalmente serán competentes los tribunales de los domicilios de cualquiera de las partes, a elección del actor, no porque esté expresado así en el Protocolo de Buenos Aires, sino porque las cuatro conexiones establecidas en los arts. 7 y 11, con las precisiones del art. 8, nos llevan a esa conclusión.

122. Las dos primeras conexiones son clásicas en la esfera universal y en los países del MERCOSUR. El lugar de cumplimiento del contrato es un criterio atributivo de jurisdicción internacional utilizado por los sistemas de DIPr de los cuatros países (TMDCI de 1940: arts. 56 y 37; Argentina: arts. 1215 y 1216 CC; Brasil: art. 88.II CPC; Uruguay: arts. 2401 y 2399 del Apéndice al CC). El Protocolo de Buenos Aires precisa lugar de cumplimiento del contrato como lugar donde se cumple la obligación que sirve de base a la demanda (art. 8.1), adoptando en este inciso una de las interpretaciones que se habían sostenido por la doctrina (Goldschmidt).

Se incluyen calificaciones de lugar de cumplimiento, tomadas del art. 38 del TMDCI de 1940. En los contratos sobre cosas, el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor al tiempo de la celebración (art.

8.2.b y c), salvo cuando se trata de cosas ciertas e individualizadas, en que el lugar de cumplimiento es el lugar donde la cosa se encontraba al momento de la celebración del contrato (art. 8.2.a). En los contratos sobre prestación de servicios, el domicilio del deudor al momento de la celebración del contrato es también la regla general (art. 8.2.d.3). Las excepciones se dan cuando los servicios se relacionan con un lugar especial, en cuyo caso el lugar de cumplimiento es aquél donde hayan de producirse sus efectos (art. 8.2.d.2) y cuando los servicios recaen sobre cosas –hay que entender ciertas e individualizadas– es el lugar donde éstas se encontraban al tiempo de la celebración (art. 8.2.d.1).

Pensamos que no resulta muy conveniente haber adoptado las calificaciones del art. 38 del TMDCI de 1940, pues se refieren al lugar del cumplimiento del contrato a los fines de la determinación del derecho aplicable, por lo que apuntan a la prestación característica. Hay que interpretar que debe acudirse a estas calificaciones del lugar de cumplimiento cuando las partes no hayan designado ese lugar en forma expresa o implícita, a pesar de que el Protocolo no realice esta salvedad. La omisión probablemente provenga de haber adoptado la norma del art. 38 TMDCI de 1940, que veda la autonomía de la voluntad (art. V Protocolo adicional a los TM de 1940). Sin embargo, la recepción de la autonomía de la voluntad en el Protocolo, no puede dejar lugar a dudas en este punto.

123. El otro criterio clásico atributivo de jurisdicción es el domicilio del demando (art. 7.b); si se demanda a varias personas, tienen jurisdicción los jueces del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del actor (art. 12). En caso de personas físicas, se entiende por domicilio, en primer lugar su residencia habitual, subsidiariamente, el centro principal de sus negocios y en ausencia de estas circunstancias la simple residencia (art. 9.a). En cuanto a las personas jurídicas (art. 9.b) "domicilio" se califica como el lugar de la sede principal de la administración y de las sucursales, establecimientos, agencias o representaciones de la persona jurídica, con respecto "a las operaciones que allí se practiquen".

124. También tienen jurisdicción los jueces del domicilio o sede social del actor, cuando demostrare que cumplió con su prestación (art. 7.c). Se trata de un criterio novedoso, ya que normalmente no se atribuye jurisdic-

ción a los jueces del domicilio o residencia habitual del actor, salvo cuando se trata de partes débiles, como sucede en materia de alimentos o de consumidores, que son materias excluidas del Protocolo. Hemos sostenido que, aunque expresado de otro modo, se receptó el criterio de algunos autores de que, a los fines de la jurisdicción, lugar de cumplimiento es el de cualquiera de las prestaciones (Boggiano, Uzal), criterio que fuera aceptado por la jurisprudencia argentina: casos "*Espósito*", 10/10/1985 (*LL*, 1986-D-46), "*Vicente Giorgi*" (CNCom-E, 30/9/1998) y "*Exportadora Buenos Aires*", este último de la CSJN, 20/10/1998 (*LL*, 2000-A-404).

El art. 8.1 del Protocolo opta por calificar lugar de cumplimiento como lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, pero al agregarse la novedosa conexión introducida en el art. 7.c, el art. 8.1 termina convertido en el criterio de atribuir jurisdicción internacional a los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las dos prestaciones. De cualquier modo, es necesario llamar la atención acerca de la falta de reglas procesales para que el "demandante cumplidor" pueda demostrar que se le puede calificar de ese modo. Teniendo en cuenta que el foro de jurisdicción depende de la demostración de tal carácter, harían falta disposiciones más precisas de cómo y en qué momento procesal el mismo debe probarse (Fernández Arroyo).

125. Otro criterio atributivo de jurisdicción, previsto para casos particulares, es el lugar de celebración del contrato por parte de personas jurídicas demandadas, cuya sede se encuentre en otro EP (art. 11). Se trata de aquellos casos de viajes de negocios, en los que la persona jurídica contrata en un país distinto de su sede social, y por ese motivo el Protocolo autoriza que sea demandada en el país donde contrató, que coincidirá generalmente con el domicilio del actor. Esta norma no se aplica cuando la persona jurídica actuó a través de un representante independiente, por ejemplo un agente, ni tampoco cuando la sociedad tiene su sede en un Estado y contrata en otro, en el que tiene una sucursal, establecimiento o representación, pues se considera que existe domicilio del demandado también en esos lugares (arts. 7 b. y 9 b.).

126. Además de los criterios generales atributivos de jurisdicción, el Protocolo de Buenos Aires precisa algunas situaciones particulares en los

arts. 12 y 13. Cuando se demanda a varias personas, los tribunales del domicilio de cualquiera de ellas tienen jurisdicción internacional, a elección del actor (art. 12, 1° párrafo). Este principio se sigue también cuando la acción promovida tiene su fundamento en una garantía personal otorgada por uno de los codemandados, siempre que la acción principal esté basada en un contrato incluido en el ámbito del Protocolo (art. 12, 2° *párrafo*). Es decir, puede demandarse al fiador ante los mismos tribunales que entienden en la acción derivada de un contrato, iniciada contra el deudor principal.

Cuando se deduce una reconvención el Protocolo de Buenos Aires sigue el criterio clásico en la materia: se atribuye jurisdicción al juez que entiende en la acción principal, si la reconvención se funda en el mismo acto o hecho en que se basó la demanda principal (art. 13). Las reconvenciones que no tengan ese grado de conexidad con la demanda principal, deben cumplir por sí mismas los criterios atributivos de jurisdicción de los arts. 7, 8 y 11, para que puedan deducirse como tales.

127. También se atribuye jurisdicción al tribunal que entiende en el proceso principal cuando se solicite y proceda la intervención de terceros (art. 12, 2° párrafo). La intervención de terceros puede estar fundada en una relación jurídica distinta al contrato que vincula a las partes principales, por lo que la norma es importante. Consideramos que la procedencia de la intervención de terceros, que será juzgada por las normas procesales del país que entiende en el juicio, debe resultar verosímil para que el juez disponga traer al proceso a una persona domiciliada en el extranjero. Pensamos que si actor y demandado están domiciliados en EP (art. 1.a), no es necesario que el tercero cuya citación se pretende lo esté también para considerar la cuestión incluida en el ámbito de aplicación espacial del Protocolo.

128. Se ha establecido una norma especial de jurisdicción en materia societaria, que contiene también la solución clásica en la materia. Las demandas entre los socios en su carácter de tales deben promoverse ante los jueces de la sede principal de la administración de la sociedad (art. 10). Podría haberse contemplado también la acción de alguno de los socios contra la sociedad, para lo que debería haberse seguido el

mismo criterio atributivo de jurisdicción, ya que muchas demandas societarias deben iniciarse contra la sociedad y contra alguno de los socios. Dado que las cuestiones societarias exceden el marco estrictamente contractual, llama un poco la atención que se hayan incluido en el Protocolo en forma parcial, pero de cualquier modo la solución adoptada resulta útil.

129. El Protocolo de Buenos Aires regula tanto la jurisdicción directa como la jurisdicción indirecta (art. 14); esto significa, como ya hemos visto (Cap. 3.III.3), que las normas del Protocolo serán utilizadas por los jueces cuando juzguen sobre su propia competencia, normalmente al iniciarse la demanda (jurisdicción directa), y también cuando se les solicite el reconocimiento de una sentencia extranjera y analicen la jurisdicción del juez extranjero que la dictó (jurisdicción indirecta). El art. 20.c del Protocolo de Las Leñas exige, entre los requisitos para el reconocimiento de la sentencia extranjera, que provenga de un órgano jurisdiccional competente según las normas de jurisdicción internacional del Estado requerido. El art. 14 del Protocolo de Buenos Aires modifica esta norma, lógicamente dentro del ámbito de aplicación de este último.

De cualquier modo, en la medida en que el MERCOSUR elabore otros instrumentos que contengan normas de jurisdicción internacional, éstas se aplicarán también para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, aun cuando no se establezca expresamente, como de hecho sucede en el Acuerdo de transporte multimodal (Dec. CMC 15/1994) (Anexo II), en el Protocolo de San Luis (Dec. CMC 1/1996) (art. 7) y en los Acuerdos sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados parte del MERCOSUR (Dec. CMC 11/2002) y entre los Estados parte del MERCOSUR y los Estados Asociados (Dec. CMC 12/2002). Por el contrario, el Protocolo de Santa María contiene una norma similar al art. 14 del Protocolo de Buenos Aires, que refiere a la jurisdicción indirecta (art. 12).

130. No existen normas en el Protocolo de Buenos Aires para prevenir o evitar el *forum shopping*, que consiste en la elección por parte del actor de aquella jurisdicción que resulte más beneficiosa a sus intereses, en virtud de las normas de conflicto que se utilizarán en ese foro y de la

ley que resultará aplicable al caso. Pensamos que la existencia de varias jurisdicciones concurrentes en el Protocolo de Buenos Aires (arts. 7 y 11) y la falta de unificación de los sistemas de derecho aplicable a los contratos internacionales entre los países del MERCOSUR, pueden tentar a las partes al *forum shopping*. Por ahora, la única posibilidad de evitarlo es pactar la jurisdicción internacional, porque en virtud de la autonomía de la voluntad el foro elegido se convierte en exclusivo.

2. Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (Santa María, 1996)

A) Ámbito de aplicación

131. El Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, firmado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996 (Dec. CMC 10/1996), no se encuentra vigente al 1° de diciembre de 2002 pues requiere la previa aprobación por parte del CMC del "Reglamento Común MERCOSUR para la defensa del consumidor" (art. 18), que hasta el 1°/12/2002 no había sido aún aprobado. Además, para entrar en vigor requiere la ratificación de dos EP y que transcurra un plazo de 30 días desde el depósito del segundo instrumento de ratificación (art. 15).

El Protocolo se aplica para determinar la jurisdicción internacional en materia de contratos con consumidores, concepto que se define en el Anexo. Se aplica a los contratos de compraventa a plazo y de "provisión" de bienes muebles corporales, a los contratos de prestación de servicios, incluyendo préstamos y otras operaciones de crédito, pero están excluidos los contratos de transporte (art. 1).

En cuanto a su ámbito espacial, el Protocolo de Santa María se aplica cuando el proveedor y el consumidor están domiciliados en diferentes EP del MERCOSUR o aun estando domiciliados en el mismo EP, si la prestación característica de la relación de consumo se realiza en otro EP. Se requiere además para determinar la internacionalidad de la relación de consumo que se haya realizado publicidad o una propuesta específica en el domicilio del consumidor, como también que los actos ne-

cesarios para la conclusión del contrato se hayan cumplido en el domicilio del consumidor (art. 2).

B) Normas de jurisdicción

132. El Protocolo de Santa María establece como regla básica o general de jurisdicción internacional el domicilio del consumidor, ya sea éste actor, como sucederá habitualmente, o demandado (art. 4). Se contemplan además jurisdicciones concurrentes en beneficio exclusivo del consumidor: el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento de la prestación de servicio o entrega de los bienes (prestación característica) y el domicilio del demandado (art. 5). Estas jurisdicciones alternativas excepcionales se abren por voluntad exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda (art. 5). Si el consumidor no manifestó expresamente al iniciar la demanda que optaba por esa jurisdicción, creemos que el juez debería requerirle que haga una declaración en ese sentido y no declararse incompetente de oficio.

C) El proceso a distancia

133. La regla básica del domicilio del consumidor y el carácter excepcional de las jurisdicciones concurrentes, traen como consecuencia que raramente el proveedor litigará ante los jueces de su domicilio. De este modo se intenta favorecer a la parte débil en la relación contractual –el consumidor–, en cuyo beneficio el Protocolo se aparta del criterio general atributivo de jurisdicción internacional, el del juez del domicilio del demandado, además, obviamente, de excluir la acción de la autonomía de la voluntad. La contrapartida de este beneficio del consumidor es permitir al proveedor, normalmente demandado, realizar actos procesales a distancia.

Se contempla la posibilidad de que el demandado realice los actos procesales más importantes del juicio, como contestar la demanda, ofrecer pruebas e interponer recursos, ante los jueces de su domicilio (art. 9.1.). En realidad están incluidos todos los actos procesales, ya que la norma alude también a la realización de "actos procesales que de ellos

deriven". La presentación a distancia está condicionada a que esté autorizada por los principios esenciales y básicos del ordenamiento procesal del tribunal actuante (art. 9.1.). El juez del domicilio del demandado, quien actúa como juez requerido, remite la documentación al juez requirente, por exhorto, a través de Autoridad Central, según el procedimiento establecido por el Protocolo de Las Leñas (art. 9.1 y 9.3).

134. Para que sea posible la realización de actos procesales a distancia, se prevén comunicaciones entre los jueces intervinientes. El juez requirente –ante quien tramita el proceso–, tiene que informar al juez requerido –juez del domicilio del demandado– el derecho aplicable a la relación de consumo (art. 9.4) y el derecho procesal del Estado donde tramita el proceso. El juez donde tramita el proceso tendrá que determinar el derecho aplicable al fondo del asunto al dar traslado de demanda, a diferencia de lo que sucede normalmente, que el juez declara el derecho aplicable al caso recién al dictar sentencia. La información sobre el derecho procesal del Estado donde tramita el proceso, tiene por finalidad que el demandado pueda realizar los actos procesales a distancia (art. 9.4), porque los actos procesales que el demandado realice ante el juez de su domicilio, deben ajustarse a la ley procesal del país donde tramita el juicio (art. 10). Estas informaciones sobre el derecho de fondo y el procesal tienen que estar certificadas por el juez requirente y deberán necesariamente acompañarse al exhorto que se libre para notificar el traslado de demanda (art. 9.4.). Pensamos que, para que la idea del proceso a distancia no quede desvirtuada, no se requerirá la firma de abogado matriculado en el país donde tramita el juicio, quedando suplido el recaudo con la firma de abogado del país del domicilio del demandado.

135. El sistema de los actos procesales a distancia en materia de medidas cautelares no es nuevo, ya que aparece en el Protocolo de medidas cautelares del MERCOSUR de 1994, en la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II) y en el TMDProcI de 1940 (arts. 13 y 14). De acuerdo al Protocolo de medidas cautelares de 1994, que es el tratado internacional que más ha desarrollado esta forma de cooperación internacional, el juez requirente, es decir el juez del

Estado donde tramita o deberá tramitar el proceso principal, es quien resuelve sobre la admisibilidad de la medida cautelar, aplicando su ley (art. 5). Este juez del proceso principal es quien resuelve la oposición que el demandado o terceros pudieran formular a la medida cautelar trabada y lo hace aplicando su ley (art. 9, 2° párrafo), salvo que la oposición sea relativa al dominio u otros derechos reales, en cuyo caso la cuestión es resuelta por el juez requerido según su ley (arts. 9, 2° párrafo y 7.c).

Dejando de lado las cuestiones relativas a derechos reales, las demás oposiciones o pedidos de levantamiento, si bien son resueltas por el juez requirente, se plantean ante el juez requerido, quien debe remitir las actuaciones al juez requirente para que éste las resuelva. Existen también aquí actos procesales realizados a distancia. El demandado o los terceros hacen la presentación ante el juez requerido, que será probablemente el del domicilio del oponente, evitando así una presentación judicial en el extranjero.

3. Otras normas de jurisdicción internacional del MERCOSUR

136. El Acuerdo de transporte multimodal, firmado en Ouro Preto el 15 de diciembre de 1994 (Dec. CMC 15/1994) contiene en su Anexo II normas sobre jurisdicción internacional, que serán comentadas en el Cap. 30.V.3.A). Asimismo, el 5/7/2002 fue aprobado en Buenos Aires el Acuerdo sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados parte del MERCOSUR (Dec. CMC 11/2002). Este Acuerdo, que cuenta con una versión paralela idéntica para las relaciones entre los Estados del MERCOSUR y los Estados asociados (Dec. CMC 12/2002), será tratado en el Cap. 30.V.3.B).

137. El Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los EP del MERCOSUR, firmado en Potrero de los Funes, Provincia de San Luis, el 25 de junio de 1996 (Dec. CMC 1/1996) también contiene normas sobre jurisdicción internacional. Ha sido aprobado y ratificado por todos los países del MERCOSUR: Argentina 20/11/2001; Brasil 30/1/2001; Paraguay 20/1/1998 y Uruguay 20/07/1999. Este instrumento reproduce en gran

medida el Acuerdo bilateral entre Argentina y Uruguay sobre la materia de 1991.

El Protocolo se aplica a la responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito ocurridos en territorio de un EP del MERCOSUR, en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otro EP (art. 1). Atribuye jurisdicción en forma concurrente a los jueces del lugar donde se produjo el accidente, del domicilio del demandado y del domicilio del actor (art. 7). Además de las conexiones clásicas, se agrega el domicilio del actor.

III. La "jurisdicción" "institucional" (sistema de solución de controversias) y su alcance jusprivatista

1. Esquema general del sistema: Protocolo de Brasilia (1991) y Anexo al Protocolo de Ouro Preto (1994)

138. El Capítulo I del TA menciona entre los propósitos, principios e instrumentos necesarios para facilitar la creación del Mercado Común del Sur, la adopción de un sistema de solución de controversias. En esta línea incorporó el Anexo III que en tres numerales organizaba un procedimiento no jurisdiccional sumamente elemental.

El 17 de diciembre de 1991 el CMC aprobó el "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", y culminada la etapa de transición, se suscribió el Protocolo de Ouro Preto, que en esta materia no cumple las expectativas generadas. La innovación introducida por el POP se reduce a incorporar la posibilidad de entablar reclamaciones ante la CCM, determinando el procedimiento a seguir en su Anexo. Si bien el Protocolo de Brasilia importa cierto grado de avance en el campo de la seguridad jurídica con relación al sistema anterior, quedan sin definirse una serie de cuestiones fundamentales que serán señaladas oportunamente. El instrumento en análisis a través de treinta y seis artículos agrupados en seis capítulos aborda sucesivamente las siguientes cuestiones: ámbito de aplicación, negociaciones directas, intervención del GMC, procedimiento arbitral, reclamo de los particulares y disposiciones finales. Los antecedentes tenidos en cuenta para su preparación fueron el Tratado cons-

titutivo de la zona de libre comercio entre Estados Unidos de América y Canadá –que también lo fue para el sistema adoptado por el TLCAN–, el Acuerdo de complementación económica celebrado entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos, la Carta de las Naciones Unidas, los Convenios de promoción y protección recíproca de inversiones que firmó Argentina y los mecanismos de solución de controversias utilizados por organismos como la ALADI y el GATT.

139. El Protocolo de Brasilia distingue los conflictos entre los EP de los reclamos de los particulares. En orden a resolver los conflictos suscitados entre los Estados, se diseña un mecanismo que transita por un proceso diplomático, otro institucional y finalmente una fase jurisdiccional en los que se desarrollan sucesivamente tres instancias: a) negociaciones directas, b) intervención del GMC y c) arbitraje obligatorio.

140. El ámbito de aplicación material abarca las discrepancias que surjan entre los EP sobre "(...) la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del CMC y de las resoluciones del GMC (...)" (art. 1°). La redacción de la norma ha generado un amplio debate en orden a determinar si la enunciación que efectúa es taxativa (Daverede) o si por el contrario se trata de una enumeración flexible, pudiendo comprender otras fuentes no mencionadas expresamente (Lipovetzky, Pérez Otermín). Si atendemos a la evolución que ha ido experimentando el MERCOSUR desde su creación hasta la hora actual, consideramos que la segunda posición es la que más se ajusta a la realidad.

Otro tema a elucidar es: ¿cuándo se configura el incumplimiento de los Estados? Al ser cada Estado signatario responsable de la actividad que cualquiera de sus órganos –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– desempeña, el incumplimiento se configura cuando dicha actividad sea contraria a lo acordado por el legislador del MERCOSUR.

141. El primer intento de acercar posiciones entre las partes es a través de las negociaciones directas. Se trata de un mecanismo de simple acceso que facilita la aceptación de sus resultados en razón de ser las par-

tes, artífices del arreglo y no receptoras de soluciones impuestas. Las tratativas no podrán exceder el plazo de quince días desde el momento en que uno de los Estados planteare la controversia, salvo que las partes fijaran uno distinto (arts. 2 y 3). El fracaso de la instancia diplomática por no arribar a una solución o porque ésta sea parcial, habilita a cualquiera de los Estados implicados en el diferendo a solicitar la intervención del GMC. Este órgano sólo está facultado para formular recomendaciones pues no reviste carácter jurisdiccional. Cuando lo considere necesario, el GMC podrá solicitar el asesoramiento de expertos (arts. 4, 5 y 6).

De acuerdo a la estructura institucional establecida por el POP se atribuye a la CCM un activo papel en la solución de controversias. En efecto, el artículo 21 de dicho instrumento remite a su Anexo titulado "Procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR". En siete artículos desarrolla el trámite a seguir frente a los reclamos efectuados por los EP o por los particulares que fueren presentados por sus secciones nacionales, y estén relacionados con las situaciones previstas en los artículos 1° o 25 del Protocolo de Brasilia, siempre que estuvieren en su área de competencia. En orden a lo dispuesto en la primera disposición, no es aventurado afirmar que la mera existencia de una norma contraria al ordenamiento jurídico del MERCOSUR configuraría un acto de violación. Así por ejemplo,

> "(...) el incumplimiento del Estado debe comprender el caso en que una empresa privada se encuentre actuando en violación de las normas que rigen en ese Estado y que sancionan la competencia desleal y protegen la libre competencia. Si en un EP existe normativa suficiente para determinar que dicha empresa privada actúa en violación de la misma, y las autoridades competentes no lo impiden, debe entenderse que existe un incumplimiento. Los Estados tienen la obligación de proteger la libre competencia e impedir la competencia desleal, en cumplimiento de sus propias leyes, así como de las normas de derecho internacional de que formen parte y por tanto vigentes en sus ordenamientos nacionales" (Pérez Otermín).

Cabe señalar que la recurrencia al Anexo del POP no obsta a la aplicación del Protocolo de Brasilia, sino por el contrario abre a los EP la posibilidad de ampararse en cualquiera de estas vías.

El "Procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR" previsto en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto, fue reglamentado el 6/12/2002, por Dec. 18/2002 del CMC; según el art. 2 de la mencionada Decisión, no necesita ser incorporado al ordenamiento jurídico de los Estados parte, "por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR".

142. Uno de los objetivos pretendidos por el legislador mercosureño es que el procedimiento sea de rápida sustanciación. Con esa finalidad estableció en el Anexo del POP que la Sección Nacional de la Comisión presente el reclamo ante su Presidencia *pro-tempore*, debiendo ésta tomar las providencias necesarias para incorporar el tema en la Agenda de la primera reunión siguiente a la presentación, con un plazo mínimo de una semana de antelación. Si la cuestión planteada no se resuelve en la referida reunión, la CCM deberá remitir los antecedentes sin más trámite a un Comité Técnico integrado por miembros designados por cada uno de los EP (art. 2). Este órgano auxiliar, a su vez, elevará a la Comisión un dictamen conjunto, o sus conclusiones a falta de consenso. Se ha previsto que la opinión del Comité sea tenida en cuenta por la CCM a fin de tomar una decisión sobre el reclamo.

En caso de incumplimiento de la decisión de la CCM en el plazo prefijado o ante la falta de consenso, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, informando de este hecho a la SAM. El ingreso a la fase jurisdiccional puede derivar de diferentes causas: que los EP hayan optado por ampararse en el Protocolo de Brasilia; que la cuestión planteada se encuentre fuera del área de competencia de la CCM, o bien porque a través de la negociación directa y de la intervención del GMC no se obtuvieron resultados positivos. Aunque el procedimiento arbitral ha sido planificado de modo tal que pueda operar de la manera más sencilla, rápida y económica posible, se exige cumplir con ciertas formalidades. En este sentido, debe notificarse a la SAM la voluntad de recurrir a esta instancia, sin fijar plazo alguno para efectuar la comunicación, a diferencia de lo que sucede en las etapas anteriores, en las que los términos, como se ha visto, están expresamente establecidos. Una vez en conocimiento del hecho, la Secretaría deberá transmitir la

información al otro u otros Estados involucrados en el conflicto y al GMC (art. 7).

Los EP aceptan como "obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial" la jurisdicción del tribunal arbitral que en cada caso se constituya (art. 8 Protocolo de Brasilia). El tribunal no es un órgano permanente sino que deberá conformarse ante cada litigio que se suscite. Estará integrado por tres miembros designados de una lista preestablecida –diez árbitros por cada EP– que comprende a juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de litigio (art. 13). Dicha lista será depositada en la SAM que es la encargada de centralizar toda la información producida (arts. 10 y 12).

143. Un comentario especial merece la disposición que establece como requisito para ser árbitro que se trate de "juristas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia". Al respecto, existían tres posiciones bien definidas: a) los árbitros debían ser funcionarios gubernamentales; b) que se tratara de expertos sobre el tema objeto de conflicto; y c) los integrantes del Tribunal tenían que ser necesariamente juristas. La primera de estas posturas presenta el grave inconveniente de desatender los caracteres primordiales del arbitraje ya que pone en peligro la independencia e imparcialidad que caracterizan el instituto. Designar como árbitros a funcionarios de los gobiernos, si bien es cierto que podría abaratar el costo del arbitraje –argumento en que se fundaban quienes sostenían esta tesitura– desvirtúa el mecanismo en su propia esencia. En cuanto a la segunda posibilidad, que actuaran expertos y no juristas, debemos tener en claro que lo que se pretende es solucionar un conflicto conforme a derecho. Por otra parte, está expresamente prevista en el Protocolo la posibilidad de convocar a expertos para que asesoren en caso que sea necesario. En definitiva, como lo que está en juego es la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de la integración, consideramos adecuada la intervención de un profesional del derecho, posición que finalmente adopta el documento.

Cada Estado involucrado designa un árbitro y el tercero, que no podrá ser nacional de ninguno de los Estados comprometidos en el litigio, será elegido de común acuerdo y es quien presidirá el Tribunal. Si dos o más Estados sostuvieren la misma posición en el conflicto, unificarán su

representación ante el cuerpo colegiado designando un árbitro de común acuerdo (art. 14). Es válido acotar que algún autor (Alonso García) señala la existencia de lagunas normativas por cuanto el sistema vigente no brinda una adecuada solución ante la falta del mencionado acuerdo y tampoco prevé la posibilidad de que todos los EP estén implicados en la controversia. Esta última circunstancia repercute sobre la condición que niega el ejercicio de la presidencia a un nacional de un EP en la causa.

Ante la posibilidad de que el árbitro titular se excuse o incurra en incapacidad, cada EP en el conflicto nombrará un árbitro suplente, para que actúe en su reemplazo (art. 9.2). Si no hubiere acuerdo entre los respectivos países para elegir el tercer árbitro o se hubiesen retrasado en su designación, la Secretaría Administrativa de oficio procederá a nombrarlo por sorteo de una lista de dieciséis árbitros confeccionada por el GMC y conformada en partes iguales por nacionales de los EP y de terceros países (art. 12.2). La norma persigue evitar que el proceso se dilate en el tiempo, contradiciendo el principio de celeridad del que éste debe estar imbuido. Como el árbitro no puede ser nacional de ninguno de los países involucrados en la controversia, de presentarse está hipótesis, deberá efectuarse un nuevo sorteo. Los gastos ocasionados como consecuencia de la actuación del árbitro nombrado por cada Estado, serán pagados por dicho país, mientras que las demás costas que implique el diferendo se sufragarán por partes iguales salvo que el tribunal arbitral decidiera distribuirlas en otra proporción (art. 24).

Cada vez que se deba resolver un diferendo, el tribunal arbitral fijará su sede en alguno de los Estados del MERCOSUR (art. 15). Sobre este punto es pertinente recordar que mediante la Dec. CMC 28/1994, se dispuso que la ciudad de Asunción de Paraguay sea sede de los tribunales arbitrales. Si relacionamos esta decisión con la que fija la sede de la SAM en Montevideo, cabe consignar que por razones de funcionalidad hubiera sido más práctico localizar ambos organismos en una misma ciudad.

144. El tribunal arbitral podrá establecer sus propias reglas de procedimiento, las que garantizarán el derecho de defensa, es decir que cada una de las partes pueda ser escuchada y presentar sus pruebas y argumentos, asegurando también que los procesos se realicen en forma expedita (art. 15). Las partes informarán sobre el desarrollo de las instancias

cumplidas anteriormente y harán una breve exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones (art. 16). También se las autoriza a actuar por medio de sus representantes y designar asesores para la defensa de sus derechos (art. 17).

El tribunal arbitral está facultado para dictar medidas cautelares o provisionales, a solicitud de parte interesada, con la finalidad de evitar que el mantenimiento de la situación provoque perjuicios graves e irreparables a una de las partes, según las circunstancias y en las condiciones que el mismo establezca, hasta tanto se expida el laudo definitivo (art. 18). Así, por ejemplo, si se invoca que una norma nacional infringe las disposiciones del Tratado y que su aplicación puede ocasionar graves daños, el Tribunal, una vez verificadas ambas alegaciones, podrá ordenar una medida cautelar que impida la aplicación de dicha ley.

145. Las fuentes jurídicas de que se valdrá el Tribunal a los fines de fundamentar los laudos arbitrales son: el Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en su marco jurídico, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC, las directivas de la CCM –a partir del POP–, y los principios y las disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia. Asimismo, se permite decidir una controversia *ex aequo et bono* siempre que las partes así lo pactaran (art. 19).

Una vez designado el presidente comienza a contarse el plazo de sesenta días, prorrogable por treinta días más como máximo, para que el tribunal emita el laudo por escrito. La decisión adoptada por mayoría, debe estar debidamente fundada y suscrita por todos los árbitros. No ocurre lo mismo con los votos en disidencia, los que no podrán ser fundamentados pues se pretende preservar la independencia de los árbitros respecto al país del cual son nacionales. Paralelamente, se impone mantener la confidencialidad de la votación (art. 20).

Los laudos son inapelables y tienen carácter obligatorio para los EP en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación. Se les reconoce fuerza de cosa juzgada y deberán ser cumplidos en el plazo de quince días, salvo que se fije otro diferente (art. 21). Asimismo, se estipula un término de quince días desde la correspondiente notificación, para que los Estados interpongan una aclaración o interpretación sobre la forma en que el laudo debe cumplirse. El tribunal cuenta con el mis-

mo plazo para expedirse y tiene la facultad de suspender el cumplimiento del laudo hasta tanto decida sobre la solicitud presentada (art. 22).

El Protocolo autoriza a los otros EP en el litigio a adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendentes a obtener el cumplimiento del laudo cuando el EP sancionado no lo hubiere hecho en el término de treinta días (art. 23). Sin embargo, la conveniencia de adoptar sanciones en el supuesto planteado es discutible, pues lo que se persigue es que se cumpla la sentencia que, en realidad, es de dudosa efectividad. Desde esta perspectiva, la experiencia demuestra que los procesos de integración progresan en la medida que se consolide la conciencia y el sentimiento de comunidad y de responsabilidad por las obligaciones asumidas, y que no es posible sustituir la falta de estos factores por la coacción.

146. Aunque al 1°/12/2002 el Protocolo de Olivos no está aún en vigor, cabe resaltar algunas cuestiones esenciales del nuevo sistema pergeñado. Ante todo, es necesario señalar que seguimos estando en presencia de un sistema transitorio, ya que el Protocolo de Olivos no constituye el sistema permanente al que se refiere el Anexo III del Tratado de Asunción. El sistema vigente había recibido muchas críticas en sus diez años de vida, al considerarse casi unánimemente que el mismo no sólo no se ha demostrado eficiente para solucionar las tan innumerables como inevitables controversias surgidas en el marco subregional de integración, sino que ha servido sólo muy parcialmente a fortalecer el proceso. La prueba más terminante de las limitaciones del modelo de Brasilia y de la falta de confianza en el mismo es que en diez años (aunque su entrada en vigor fue posterior) apenas si se está llegando a la producción de diez arbitrajes. Cualquiera sabe que no ha habido (lamentablemente) sólo un problema por año en el duro inicio del MERCOSUR. No obstante, debe reconocerse que en varios de los laudos dictados hasta ahora los árbitros han realizado un notable esfuerzo para ir desarrollando una doctrina del MERCOSUR, basada especialmente en el refuerzo del carácter obligatorio del derecho de integración y en la prohibición absoluta de las medidas unilaterales.

Por todo esto, era lógico que entre las medidas para el "relanzamiento" del MERCOSUR aprobadas a mediados de 2000, se hiciera expresa

mención de la necesidad de reformar el sistema de solución de controversias. En concreto, en esa ocasión el CMC instruyó al GMC para que éste a su vez encargara al Grupo *ad-hoc* Aspectos Institucionales la realización de una propuesta de perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia (Dec. 25/2000). Presentada dicha propuesta, el CMC nombró un Grupo de Alto Nivel (Dec. 65/2000) que se encargó de realizar un proyecto, origen del Protocolo finalmente aprobado el 18 de febrero de 2002.

Esencialmente, el nuevo sistema busca simplificar la solución de controversias al hacer facultativa la intervención, obligatoria en el Protocolo de Brasilia, del GMC. La creación de un Tribunal Permanente de Revisión ("la más resonante de las innovaciones", según Ernesto Rey Caro), tiene esa misma finalidad al autorizarse a las partes a recurrir directamente a él, una vez superado el paso de las negociaciones directas. El establecimiento de dicho Tribunal busca, como es obvio, dar mayor "estabilidad" al sistema y a la doctrina emanada de los laudos. Sin embargo, la redacción del Capítulo VII parece conspirar en cierto modo contra esta última finalidad (Rey Caro). La pretensión de muchos especialistas de la región de poder contar con un auténtico tribunal supranacional que garantice de verdad el cumplimiento y la interpretación uniforme de las reglas del MERCOSUR queda, por lo tanto, para otra oportunidad, si es que llega.

Por último, es de justicia señalar que el nuevo sistema lleva el nombre de la ciudad de la Provincia de Buenos Aires donde está la residencia oficial del Presidente argentino, sólo porque los sucesos acaecidos en Argentina a finales de 2001 impidieron la aprobación del mismo durante la presidencia uruguaya del MERCOSUR.

2. Funcionamiento del sistema de Brasilia ante los reclamos de particulares

147. El Capítulo V del Protocolo de Brasilia regula el procedimiento que los particulares –personas físicas o jurídicas– deberán cumplir cuando pretendan entablar un reclamo (en el Protocolo de Olivos es el Capítulo XI). En cuanto a la materia sobre la que pueden efectuarlo, está delimitada, pues sólo tienen legitimación activa cuando se consideren

afectados por la sanción o aplicación por cualquiera de los EP, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del TA, de los acuerdos celebrados en su marco, de las decisiones del CMC y de las resoluciones del GMC (art. 25). Recordemos que a partir de la entrada en vigencia del POP quedan también incorporadas a la citada disposición las directivas de la CCM (art. 43). Los particulares no pueden esgrimir otras causales –interpretación, aplicación o incumplimiento– por las cuales los Estados pueden poner en marcha el sistema de solución de controversias. Por otro lado, la norma sólo contempla el reclamo del particular con respecto a un Estado pero no prevé los diferendos que se originen entre particulares.

El primer paso que debe dar el particular cuando decide instar el procedimiento es presentar su reclamo ante la Sección Nacional del GMC donde tenga la residencia habitual o la sede de los negocios, adjuntando la prueba que permita determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio (art. 26). Es importante que el accionante observe la mayor diligencia al efectuar el trámite puesto que, en principio, la documentación acompañada es revisada por el órgano receptor y posteriormente la examina el GMC. Admitido el reclamo, la Sección Nacional del GMC, en consulta con el particular afectado, tiene las siguientes opciones: a) entablar contactos directos con la Sección Nacional del GMC del país miembro cuyo acto es impugnado a fin de intentar una solución rápida al problema planteado, o b) elevar el reclamo sin más trámite al GMC.

El art. 28 del Protocolo establece un plazo de quince días para que se resuelva la cuestión entre las Secciones Nacionales. De no haberse concluido el problema, la Sección Nacional del GMC que efectuó el reclamo, podrá elevarlo de inmediato al GMC, siempre que el particular así lo solicite. Es dable advertir que de transitar por las dos vías, los reclamos de los particulares quedan sometidos a un doble control: el primero lo realiza la Sección Nacional y el segundo, lo efectúa el GMC, generando así críticas de la doctrina que se muestra partidaria de la intervención directa del GMC para determinar la viabilidad del reclamo.

Si al recibir el reclamo del particular, el GMC entiende que éste no debe ser admitido por no reunir los recaudos exigidos, lo rechazará sin más trámite. Para tomar tal decisión, se requiere el consenso, de allí

que no será fácil rechazarlo ya que, en la práctica, seguramente el EP interesado se opondrá a ello. No es azaroso señalar la influencia que pueden ejercer los Estados en la solución del diferendo, habida cuenta que las actividades del GMC son coordinadas por los respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores, menoscabando la independencia de su actuación.

148. De aceptarse el reclamo, se convocará de inmediato a un grupo de expertos para que en el plazo improrrogable de treinta días emita un dictamen, valorando la procedencia del reclamo después de haber dado oportunidad a las partes de ser escuchadas y de presentar sus argumentos. Los expertos se eligen de una lista conformada por veinticuatro personas –seis por cada Estado– de reconocida competencia en las cuestiones que pueden ser objeto de conflictos. El GMC elige los tres expertos que intervendrán en el diferendo o, a falta de acuerdo, se decidirá por votación de los EP. De los expertos designados, uno de ellos no puede ser nacional de los EP en la controversia, salvo que el GMC decida lo contrario. Los gastos derivados de la actuación de estos especialistas serán sufragados en la proporción que determine el GMC o, a falta de acuerdo, se reparten en montos iguales entre el particular reclamante y el Estado contra el cual se efectuó el reclamo. Esta división de gastos es considerada injusta, ya que podría ocurrir que por razones económicas los particulares se vean afectados en las posibilidades de hacer valer sus derechos (arts. 29 a 31).

El grupo de expertos, a pesar de actuar en esta etapa como un verdadero tribunal, carece de función jurisdiccional, consecuentemente el dictamen emitido no tiene la fuerza vinculante del laudo arbitral. Sin embargo, si el pronunciamiento de los expertos resulta favorable a la pretensión formulada, cualquier otro Estado miembro podrá solicitar la adopción de medidas correctivas o la anulación de las cuestionadas. En el supuesto que su requerimiento no prospere dentro del término de quince días, queda abierta la vía del juicio arbitral previsto para el procedimiento entre Estados (art. 32).

149. Es preciso aclarar que los particulares no pueden acceder directamente al Tribunal Arbitral, deben esperar que los EP recojan sus plan-

teos. Esta situación debilita su participación al negarles una acción judicial directa para que puedan reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un EP. Asimismo, conviene remarcar que el particular no puede reclamar contra la violación efectuada por el Estado donde tiene su residencia habitual o la sede de sus negocios, ya que el procedimiento sólo se establece para formular reclamos contra los otros Estados contratantes. A partir de la aprobación del POP los reclamos de los particulares deben canalizarse a través de las Secciones Nacionales de la CCM, siguiendo la misma mecánica que expusiéramos al tratar las reclamaciones efectuadas por los Estados.

IV. La "jurisdicción" arbitral

1. Dimensión convencional y marco institucional

A) En el ámbito "universal"

150. La jurisdicción arbitral tiene como presupuesto esencial que las partes acuerden que las controversias que se susciten entre ellas o que ya se hayan suscitado, sean resueltas a través del arbitraje. Es la autonomía de la voluntad expresada en el acuerdo arbitral la que sustrae el litigio de la jurisdicción internacional de los Estados y entrega su tramitación y resolución a particulares –los árbitros–, quienes dirimirán la cuestión con carácter obligatorio para las partes. La existencia de un acuerdo arbitral válido torna incompetentes a los tribunales que normalmente estarían investidos de jurisdicción internacional. Los laudos arbitrales son cumplidos normalmente en forma voluntaria, pero cuando la parte vencida no cumple la condena, los árbitros carecen de coerción para exigir su cumplimiento forzado. Es necesario entonces que la parte interesada solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo ante los jueces del Estado donde existan bienes del demandado.

151. El tratado internacional más importante en materia de arbitraje en el ámbito universal es, indudablemente, la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, sus-

cripta en Nueva York, el 10 de junio de 1958 que vincula al 1° de septiembre de 2002, a 132 países del mundo, entre ellos los cuatro del MERCOSUR y los dos asociados. Brasil recién ratificó la Convención el 7/6/2002, por lo que entró en vigencia para ese país el 5/9/2002 (decreto legislativo 52 del 25/4/2002).

Otro instrumento internacional del ámbito universal es la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985, que por el método de unificación elegido, los Estados pueden utilizarla para sancionar una ley interna que adopte sus disposiciones. Entre los países del MERCOSUR, el que más se acerca al modelo de UNCITRAL es Paraguay, quien sancionó el 11/4/2002 la Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación (GO 26/4/2002 n° 80 bis); en cierta medida lo hizo Brasil con la Ley N° 9307 de Arbitraje de 23/9/1996. Argentina, en cambio, mantiene hasta fines de 2002 la legislación sobre arbitraje en el CPCN (arts. 736 a 773) y en los códigos procesales de cada una de las provincias, a pesar de que se han presentado varios proyectos para incorporar la Ley Modelo, el último de los cuales fue elevado al Congreso de la Nación el 31/1/2002 (Proyecto 1056/2001, mensaje 201/2002) y tratado por la Comisión de legislación general de la Cámara de Senadores el 10/6/2002. Uruguay tampoco ha seguido la Ley Modelo de UNCITRAL y las normas sobre la materia están contenidas en el CGP (arts. 472 a 507).

152. La Convención de Nueva York de 1958 tiene un ámbito de aplicación material amplio: se aplica a cualquier controversia que haya sido o pueda ser resuelta por arbitraje cualquiera sea la materia y ya sean las partes personas de derecho privado o Estados o personas de derecho público (art. I.1). La Convención no limita su ámbito de aplicación a la materia contractual, ya que incluso respecto de los Estados que han formulado la reserva de comercialidad del art. I.3 –entre los países del MERCOSUR, el único es Argentina– se aplica a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno. Quedan comprendidas las sentencias arbitrales de organismos binacionales u otros organismos internacionales, ya que el art. I.1 incluye expresamente a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide el reconocimiento (Grigera Naón).

En lo que se refiere a su ámbito espacial, la Convención se aplica a las sentencias dictadas en un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento (art. I.1), lo que significa que la Convención tiene carácter universal o *erga omnes*, es decir, es aplicada por los EP para reconocer los laudos arbitrales dictados en otros Estados, sean éstos ratificantes o no de la Convención. Sin embargo, está autorizada la llamada reserva de reciprocidad (art. I.3), que permite que un Estado declare que sólo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante, en cuyo caso carece de carácter universal. Argentina es el único país del MERCOSUR que ha formulado esta reserva.

153. El acuerdo arbitral puede formar parte de un contrato, en cuyo caso se acostumbra denominarlo cláusula compromisoria, o puede convenirse con posterioridad, en forma independiente. El compromiso arbitral, que es el convenio en virtud del cual las partes someten a arbitraje un conflicto ya suscitado, queda comprendido también en el concepto de acuerdo arbitral (art. II.2. de la Convención de Nueva York). En cuanto a su forma, el acuerdo arbitral debe constar por escrito firmado por las partes o por canje de cartas o telegramas (art. II.2). Hay que considerar que el intercambio de comunicaciones puede también efectuarse por télex, por fax o por medios electrónicos.

La autonomía del acuerdo arbitral significa que éste no queda sujeto necesariamente a la ley que rige el contrato y que la nulidad de éste no acarrea necesariamente la nulidad del acuerdo. El principio está aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y recogido por la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 16.1), aunque no figura expresamente en la Convención de Nueva York.

Las cuestiones referidas a la validez del acuerdo arbitral que no están reguladas por normas materiales de la Convención quedan sometidas, de acuerdo al art. V.1.a, a la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral o en su defecto a la ley del Estado donde se dictó el laudo, es decir el país sede del arbitraje. La parte más importante de la Convención de Nueva York está dedicada al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, en especial el art. V, que constituye la norma medular de la Convención (ver Cap. 11.III).

B) En el ámbito interamericano

154. La Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975, en el marco de la CIDIP I, tenía al 1° de diciembre de 2002, 17 Estados parte, entre los que se encuentran los cuatro países del MERCOSUR, Bolivia y Chile. La validez del acuerdo arbitral está regulada por una norma material (art. 1), similar a la de la Convención de Nueva York (art. II). Cuando resulte aplicable el Protocolo de Buenos Aires de 1994, hay que tener en cuenta que el acuerdo de arbitraje no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4), limitación que aparece también en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 4).

La validez del acuerdo arbitral se somete a la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral o en su defecto la ley del Estado donde se dictó el laudo (5.1.a). Por existir esta norma específica en la Convención de Panamá, pensamos que no se aplica el art. 5 del Protocolo de Buenos Aires de 1994.

155. El arbitraje es institucional cuando las partes han pactado someterse a las reglas de una institución arbitral, lo que implica, además, que esa institución administrará el arbitraje. Administrar el arbitraje implica mantener listas de árbitros y realizar la designación de las personas que reúnan las condiciones de idoneidad y especialidad necesarias para resolver ese conflicto y en general recibir la solicitud de constitución del tribunal arbitral, comunicarla a la otra parte, recibir la demanda arbitral y la contestación. En suma, la institución ejerce con mayor o menor intensidad funciones de Secretaría pero no actúa como tribunal arbitral.

En el arbitraje *ad-hoc* no existe una institución que cumpla las funciones mencionadas, ni reglas de procedimiento aprobadas por una institución, a las que las partes y el tribunal queden sometidos. Las partes están facultadas para determinar ellas mismas las reglas de procedimiento, pero la experiencia demuestra que, salvo casos muy excepcionales, los contratantes no se detienen a elaborar reglas de procedimiento para el caso de que se suscitara un conflicto.

Por eso creemos que el art. 3 de la Convención de Panamá es una norma muy sabia: en ausencia de previsión de las partes respecto al proce-

dimiento arbitral, remite el arbitraje a las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), es decir establece un arbitraje institucional. Esta norma garantiza a los particulares que han pactado someter sus controversias a arbitraje –muchas veces sin conocer los alcances de tal acuerdo– contar con normas de procedimiento apropiadas y fundamentalmente con el respaldo y el apoyo de una institución administradora del arbitraje internacional, que facilita el procedimiento arbitral y garantiza la idoneidad de los árbitros. Las cuestiones referidas a reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (art. 5), las tratamos en el Cap. 11.III.

2. El arbitraje comercial internacional en el MERCOSUR

A) Normativa institucional

156. El Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR (Dec. CMC 3/1998) y el Acuerdo (paralelo) sobre arbitraje comercial internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (Dec. CMC 4/1998), fueron firmados en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998. Argentina los aprobó por Ley N° 25.223, del 24/11/1999 (BO 5/1/2000), menos de dos meses después de que la Sección de DIPr de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (reunida en su XV Congreso Ordinario, en la ciudad de Mar del Plata) aprobara por abrumadora mayoría una resolución reclamando la renegociación de dichos Acuerdos por sus muchas falencias técnicas. Fueron ratificados por Argentina el 30/3/2000. De los restantes países del MERCOSUR, sólo Brasil ha aprobado los Acuerdos, por Decreto legislativo N° 265/2000 (DOU 18/12/2000), sin haberlos ratificado al 1°/12/2002.

El ámbito de aplicación material de los Acuerdos está limitado a controversias surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado (art. 1), por lo que quedan excluidas las surgidas de otras relaciones patrimoniales que no sean contractuales, tales como problemas de propiedad intelectual o derecho de la competencia.

Consideramos conveniente que la calificación de los conceptos "contrato" y "comercial", no se apoye exclusivamente en el derecho privado

de alguno de los países con los cuales tiene contacto el caso, sino que a través de la extensión del tipo legal de la norma y utilizando el método comparativo entre los distintos derechos involucrados en el caso, comprenda cualquier acuerdo de voluntades referido a cuestiones patrimoniales entre personas de derecho privado. Con la misma orientación, pensamos que bastará con que el contrato sea comercial para el derecho de alguno de los países vinculados al caso, para que se considere comprendido en el ámbito de aplicación de los Acuerdos del MERCOSUR.

157. El ámbito de aplicación espacial de los Acuerdos del MERCOSUR, está notoriamente extendido. Los Acuerdos serán aplicables (art. 3):

(a) cuando ambas partes tengan su residencia habitual, o el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en EP diferentes;

(b) cuando el contrato tenga algún contacto objetivo jurídico o económico con diferentes EP;

(c) cuando la sede del arbitraje se encuentre en un EP y el contrato tenga algún contacto objetivo jurídico o económico con un EP, salvo que las partes expresaren su voluntad en contrario;

(d) cuando el contrato tenga algún contacto objetivo jurídico o económico con un EP y las partes convinieran expresamente someterse al Acuerdo del MERCOSUR;

(e) cuando la sede del arbitraje se encuentre en un EP y las partes convinieran expresamente someterse al Acuerdo del MERCOSUR, aunque el contrato no tenga ningún contacto objetivo jurídico o económico con un EP.

La multiplicidad de conexiones utilizadas por el art. 3.a, hace que queden incluidos en los Acuerdos del MERCOSUR contratos entre una parte del MERCOSUR y otra de un tercer Estado, porque al referirse además de a la sede de la sociedad, a sus establecimientos, sucursales y agencias, quedan comprendidas también personas jurídicas con sede en países europeos, asiáticos, etc., que tengan una agencia o establecimiento en cualquier EP del MERCOSUR. También quedan comprendidos los acuerdos entre dos empresas cuyas sedes estén ubicadas en terceros países pero que tengan establecimientos, sucursales o agencias en EP o asociados del MERCOSUR.

En nuestro modo de ver, un contacto objetivo, jurídico o económico, con un EP (art. 3.c y d) o con más de un EP (art. 3.b), es cualquier contacto con un país del MERCOSUR o asociado, salvo que haya sido provocado por la autonomía de la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad incide en la aplicación de los Acuerdos del MERCOSUR, ya que las partes pueden determinar la aplicación de los Acuerdos en los supuestos del art. 3.d, o cuando la sede del arbitraje se encuentre en un EP (art. 3.e). Las partes tienen también la posibilidad de excluir la aplicación de los Acuerdos (art. 3.c), facultad que interpretamos no existe cuando concurren las circunstancias del art. 3.a ó 3.b.

158. Para su entrada en vigencia, el Acuerdo del MERCOSUR requiere la ratificación de dos EP y que transcurran 30 días desde el depósito del segundo instrumento de ratificación (art. 26.1). El Acuerdo entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile, requiere la ratificación como mínimo de dos EP del MERCOSUR y la de Bolivia o Chile y que transcurran 30 días desde el depósito del segundo instrumento de ratificación (art. 26.1).

Los Acuerdos no tienen normas referidas al ámbito de aplicación temporal pasivo, es decir, no determinan a los casos y situaciones jurídicas ocurridas en qué momento se aplicarán. Debemos interpretar que todas las normas referidas al acuerdo arbitral serán aplicables a los acuerdos arbitrales concertados a partir de la entrada en vigencia de los Acuerdos, así como las referidas al procedimiento deben ser aplicables a los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y las referidas a los recursos contra el laudo, se aplicarán solamente a los procedimientos arbitrales iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de los Acuerdos.

159. El acuerdo arbitral, definido en el art. 2.e, se denomina en los Acuerdos del MERCOSUR "convención arbitral". La capacidad para celebrar un acuerdo arbitral se rige por la ley del domicilio de cada parte (art. 7.1). Se mantiene así el criterio que en materia de capacidad, siguen los sistemas de los cuatro países del MERCOSUR. El acuerdo arbitral tiene que otorgarse por escrito (art. 6.1), tiene que ser claramente legible y estar ubicado en un lugar razonablemente destacado (art. 4.2). Puede resultar del intercambio de cartas o de telegramas con recepción

confirmada. Si las comunicaciones entre las partes se realizan por fax, correo electrónico o medios equivalentes, deben ser confirmadas por documento original (art. 6.3). Los Acuerdos aceptan el documento electrónico, pero requieren el soporte papel para la confirmación, lo que implica una limitación a la contratación electrónica, condenándola a la posterior utilización del papel y al envío por correo postal.

Aunque no se cumplan las exigencias de la norma material del art. 6.3, el acuerdo arbitral será válido si reúne los requisitos formales de la ley del lugar de celebración –que es el Estado en el que se recibe la aceptación (art. 6.4)– o de la ley de cualquiera de los Estados con los cuales el contrato tenga contactos objetivos jurídicos o económicos (art. 6.5). A diferencia de lo que sucede normalmente en los textos que unifican normas materiales, la norma de conflicto (art. 6.5) no tiene un lugar subsidiario respecto de las normas materiales. Al estar ambas normas en el mismo plano, no se logra una mínima unificación de la regulación del arbitraje en la subregión.

El acuerdo arbitral se considera perfeccionado en el momento en que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por el documento original (art. 6.4). Interpretamos que existe consentimiento en el momento en que se recibe el fax (teoría de la recepción) condicionado a que luego se reciba el documento original. El perfeccionamiento del acuerdo arbitral se considera producido en el Estado en que se recibe la aceptación. Como la validez formal se rige por la ley del lugar de celebración (art. 6.2), los Acuerdos debieron determinar a través de una ficción el lugar de celebración del acuerdo arbitral, cuando en realidad en estas modalidades de contratación a distancia o entre ausentes, en las que no existe un solo lugar de celebración, puede sencillamente recurrirse a otros puntos de conexión.

160. Con relación a la validez intrínseca del acuerdo arbitral, se exige que éste dé un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión y que sea pactada de buena fe (art. 4). Ya el Protocolo de Buenos Aires había establecido la invalidez de los acuerdos otorgados en forma abusiva (art. 4). La sola circunstancia de que el acuerdo arbitral integre un contrato con cláusulas predispuestas, no significa que el acuerdo sea abusivo. Las condiciones generales de con-

tratación tampoco implican automáticamente que los acuerdos incluidos en ellas sean abusivos. Los contratos con parte débil, por ejemplo transporte, seguros, consumidor, laborales, no están excluidos en forma expresa del ámbito de aplicación, ni regulados en forma especial en los Acuerdos de arbitraje. El Acuerdo sobre transporte multimodal de 1994 prohíbe las cláusulas compromisorias y sólo permite los acuerdos arbitrales celebrados con posterioridad a que ocurra el hecho que da lugar a la controversia (anexo II, art. II); los Acuerdos sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga (Dec. CMC 11/2002 y 12/2002), contienen una prohibición semejante (art. 5).

El Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996 no menciona los acuerdos arbitrales. A pesar de que en uno de los EP funcionan actualmente tribunales arbitrales del consumidor (Argentina: Ley N° 24.240 de 1993, modificada por Ley N° 24.999 de 1998, art. 59 y Decreto N° 276 del 11 de marzo de 1998), los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR no mencionaron los contratos con consumidores.

Si la materia es susceptible de ser sometida a arbitraje, de acuerdo a la ley del Estado sede del arbitraje –ya que el tema no ha sido unificado en el MERCOSUR–, en los contratos con parte débil podría discutirse la existencia misma del consentimiento y considerarse que no existe acuerdo arbitral (Fresnedo). Los acuerdos arbitrales incluidos en contratos de adhesión, en ciertas circunstancias, podrían ser considerados nulos por aplicación del art. 4.

161. En cuanto a la ley aplicable a la validez intrínseca del acuerdo arbitral, el art. 7.2. la somete a la ley del EP sede del tribunal arbitral. Aunque no está prevista la posibilidad de que las partes pacten la ley aplicable, dado que éstas pueden elegir la sede del arbitraje, hay que interpretar que también pueden pactar la ley aplicable a la validez intrínseca del acuerdo arbitral. En ausencia de elección de las partes, hay que entender que se aplica la ley del lugar sede del arbitraje, sea o no la de un Estado parte. En los casos en que la sede del arbitraje se encuentre en un Estado no parte (art. 3), la laguna de los Acuerdos debe suplirse con las normas de la Convención de Panamá (art. 5.1.a) y de la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 36.1.a), como lo establece el art. 25.3 de los

Acuerdos: cualquiera de estos instrumentos rigen la validez del acuerdo arbitral por la ley elegida por las partes y en subsidio por la ley del Estado sede del arbitraje.

162. Los árbitros son competentes para resolver sobre su propia competencia, incluso sobre la validez del acuerdo arbitral (arts. 8 y 18 de los Acuerdos), lo que se denomina "competencia de la competencia", porque la invalidez del acuerdo arbitral implicaría la falta de competencia del tribunal arbitral. El criterio aceptado universalmente es que los árbitros tienen competencia para juzgar sobre su propia competencia. En cuanto al principio de la autonomía del acuerdo arbitral, que significa que la nulidad del contrato que incluya una cláusula compromisoria, no implica necesariamente la nulidad de esta cláusula, reconocido ampliamente por la doctrina y receptado en la jurisprudencia (Argentina: caso "*Welbers*", 26/9/1988 (*LL*, 1989-E-302)), está también recogido en el art. 5 de los Acuerdos del MERCOSUR.

163. Las partes pueden pactar que el laudo sea dictado de acuerdo a derecho o por equidad, esta última modalidad también denominada *ex aequo et bono*, o arbitraje "de amigables componedores". Como es habitual en el arbitraje internacional, si las partes no han previsto este punto, el arbitraje se considera de derecho (art. 9). Si el arbitraje es de derecho, ¿de acuerdo a qué derecho los árbitros resolverán el fondo de la cuestión? Según el art. 10: "Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional (...)". La norma, que fue largamente discutida (al menos en términos relativos, comparándolo con el tiempo total –muy corto– que se empleó en la elaboración de los Acuerdos) en la etapa de negociación, no adopta una postura clara sobre la autonomía de la voluntad; en realidad, deja la cuestión librada a los sistemas de DIPr, y decimos los sistemas en plural porque los árbitros deberán tomar en consideración los derechos de los distintos países con los que esté conectado el caso, fundamentalmente aquellos países donde el laudo podría ser ejecutado.

La mención del derecho del comercio internacional ha de interpretarse, sin dudas, como una luz verde frente a los usos del comercio interna-

cional que permite, por ejemplo, que las partes convengan la aplicación de los Principios de UNIDROIT de 1994, sobre los contratos comerciales internacionales. Cabe desde ya la aplicación de normas materiales uniformes. Si las partes no pactaron la ley aplicable, los árbitros deben resolver la cuestión aplicando las mismas fuentes.

164. Los Acuerdos regulan algunas cuestiones referidas al procedimiento arbitral (arts. 11 al 17). Los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y del libre convencimiento del árbitro, deben ser respetados en el procedimiento arbitral (art. 11), norma que está tomada de la Ley de Brasil de 1996 (art. 21.2). La norma general en materia de procedimiento es el art. 12. En el arbitraje institucional se aplicará el reglamento de la institución que administra el arbitraje (art. 12.1.a). Se dice que los EP incentivarán a las entidades administradoras de arbitrajes de la región a adoptar un reglamento común (art. 12.1.b), que con la participación de algunas instituciones fue concluido en junio de 2000. En el arbitraje *ad-hoc* se aplican las normas de procedimiento pactadas por las partes y en su defecto, las normas del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC– (art. 12.2.b), pero sin que ello implique convertir el arbitraje *ad-hoc* en institucional (art. 25). Se modifica de este modo, dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, el art. 3 de la Convención de Panamá, a pesar de que el artículo 12.2.b) lo menciona en forma expresa.

165. Si las partes no acuerdan la sede del arbitraje, será decidida por el tribunal arbitral. Las partes pueden convenir el idioma del arbitraje, pero si no lo hacen el idioma será el de la sede del tribunal arbitral (art. 13). Los Acuerdos del MERCOSUR regulan también las comunicaciones (art. 14), cómo debe iniciarse el procedimiento arbitral *ad-hoc* (art. 15) para que quede constituido el tribunal. Incluso hay una norma de conflicto alternativa sobre la ley aplicable a la validez de la intimación para iniciar el arbitraje *ad-hoc* (art. 15.4).

Con respecto a los árbitros, se regula su capacidad, conducta debida, nacionalidad (art. 16). Aparentemente este artículo 16, con excepción de la última parte del artículo 16.4, que se refiere al arbitraje *ad-hoc*, se

aplica tanto al arbitraje institucional, como al *ad-hoc*. En el arbitraje *ad-hoc*, la nominación de los árbitros, su recusación y sustitución, si las partes no lo hubieran pactado, se rige por las reglas de procedimiento de CIAC (art. 17), pero no se indica si la designación la realizará o no la mencionada institución. El Acuerdo 2/1999 de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, de 19 de noviembre de 1999, interpretativo del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, subsanó esta dificultad al entender que en estos supuestos la intervención de CIAC es con carácter de entidad administradora.

166. Los Acuerdos del MERCOSUR establecen que las medidas cautelares pueden ser decretadas por los árbitros o por los tribunales judiciales y que el tribunal arbitral, de oficio o a pedido de parte, puede solicitar a la autoridad judicial competente la adopción de una medida cautelar (art. 19). Aunque la norma no lo diga, hay que interpretar que los jueces estatales no pueden revisar el mérito de las medidas cautelares dictadas por los árbitros, y que sólo podrían rechazar los medios de coerción requeridos si no existe un acuerdo arbitral válido o si la medida afecta principios de orden público internacional o contraría normas de policía del foro.

De acuerdo al art. 19.4, el tribunal arbitral debe solicitar al juez del Estado sede del arbitraje, el libramiento de un exhorto internacional dirigido al juez del Estado donde la medida cautelar deba hacerse efectiva, el que se diligenciará por las vías previstas en el Protocolo de medidas cautelares del MERCOSUR. La posibilidad de que el tribunal arbitral se dirija directamente a los jueces del Estado donde la medida deba hacerse efectiva, requiere según el art. 19.4 de los Acuerdos, que los EP formulen una declaración en tal sentido. Lo que constituye claramente un obstáculo para la traba de medidas cautelares en un país distinto a la sede del arbitraje.

167. El laudo debe ser dictado por mayoría, pero si ésta no se logra, decide el presidente (art. 20), a diferencia de lo que dispone la Ley Modelo de UNCITRAL. Los Acuerdos del MERCOSUR no fijan plazo para dictar el laudo. Los gastos del arbitraje pueden ser pactados por las partes o decididos por el tribunal, de lo contrario se soportan en partes

iguales (art. 25.2). Los únicos recursos admisibles contra el laudo arbitral son el de aclaratoria o rectificación (art. 21), que se plantea ante el propio tribunal arbitral, y el de nulidad que debe deducirse ante los tribunales estatales del lugar sede del arbitraje (arts. 20.1 y 22). No existe derecho a apelar el laudo ante los tribunales estatales.

Para plantear la rectificación del laudo se establece un plazo de 30 días, el mismo que indica la Ley Modelo de UNCITRAL, pero las partes pueden reducirlo, ya que resulta excesivo. El recurso se sustancia con la contraparte y se establece un plazo de 20 días para resolverlo. El objeto del recurso es que se rectifique un error material, que se aclare el alcance de algún punto o que se supla la omisión de resolver alguna de las cuestiones sometidas al tribunal (art. 21.1).

Las causales que permiten que alguna de las partes deduzca la nulidad del laudo (art. 22.2) coinciden sustancialmente, con algunas diferencias no esenciales, con aquellas causales que deben ser invocadas por la parte en la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 34.2.a). En cambio, no aparecen en los Acuerdos del MERCOSUR, como causal de nulidad, los dos supuestos que de acuerdo a la Ley Modelo deben ser resueltos de oficio o a pedido de parte, que son que la controversia no sea susceptible de ser sometida a arbitraje y que el laudo sea contrario al orden público (art. 34.2.b). Entre las causales de nulidad, no figura dictar el laudo fuera del plazo.

B) Interacción con las normas convencionales

168. Como la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros está expresamente excluida de los Acuerdos del MERCOSUR (art. 23), en este aspecto se aplicará la Convención de Panamá de 1975, preferentemente, o la Convención de Nueva York de 1958, en subsidio –aunque los Acuerdos del MERCOSUR no la mencionen– complementadas una u otra con el Protocolo de Las Leñas de 1992, o con la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1979 o con las normas internas del país donde se pida la ejecución.

¿Qué sucede respecto de otros aspectos del arbitraje internacional distintos de la ejecución de los laudos? Si se plantean cuestiones de validez

del acuerdo arbitral, el tema está regulado en los Acuerdos del MERCOSUR (arts. 4 a 8), pero también en la Convención de Panamá (art. 1) y en la de Nueva York (art. II.1 y 2.). En lo que se refiere al procedimiento arbitral, el art. 3 de la Convención de Panamá contiene una solución diferente a los arts. 12.2.b y 25.1 de los Acuerdos del MERCOSUR.

169. Además, los Acuerdos del MERCOSUR pueden fácilmente entrar en conflicto con la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, firmada en Ginebra el 21 de abril de 1961, la que se aplica cuando el acuerdo arbitral se celebra entre personas que tienen residencia habitual o domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes (art. I.1.a). En numerosos casos, sociedades con sede social en terceros países –por ejemplo ratificantes de la Convención de Ginebra– quedarán también comprendidas en el ámbito de aplicación de los Acuerdos del MERCOSUR, si tienen sucursales en un país del MERCOSUR o asociado (art. 3.a), o si el contrato tiene contactos objetivos con algún Estado del MERCOSUR o asociado (art. 3.b, c y d), o si la sede del arbitraje es un Estado del MERCOSUR o asociado (art. 3.c y e), o cuando las partes han acordado someterse a los Acuerdos del MERCOSUR (art. 3.d y e).

170. Por delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación material, los Acuerdos del MERCOSUR sólo regirán las controversias derivadas de contratos comerciales internacionales entre personas de derecho privado. Otros casos arbitrales conectados con el MERCOSUR, quedarán regidos por la Convención de Panamá –por ejemplo, los que no derivan de un contrato– o por la Convención de Nueva York –los que no sean de naturaleza comercial, salvo para Argentina que realizó la reserva de comercialidad–.

Como el Protocolo de Buenos Aires de 1994 se aplica a contratos civiles o comerciales (art. 1), en tanto la CIDIP I sólo regula el arbitraje comercial internacional, el Protocolo de Buenos Aires puede ser utilizado para convalidar los acuerdos arbitrales en materia de contratos civiles, cuando no resulte aplicable la Convención de Nueva York. Pero cuando la situación jurídica encuadra en los respectivos ámbitos de aplicación material, espacial y temporal, de dos tratados internacionales que

resultan en principio aplicables, debe acudirse a las llamadas cláusulas de compatibilidad, es decir, a las normas de relación entre convenciones. Los Acuerdos del MERCOSUR intentan solucionar el conflicto de convenciones a través del art. 26.2 que dice: "El presente Acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones vigentes sobre la misma materia entre los EP, en tanto no las contradigan", norma que sigue la fórmula utilizada en el art. 35 del Protocolo de Las Leñas de 1992 en su versión originaria, ya que la Enmienda aprobada por Dec. 7/2002, el 5/7/2002, mejora la regla de compatibilidad entre convenciones al hacer primar la norma que sea más beneficiosa para la cooperación.

Aunque el art. 26.2 de los Acuerdos de Arbitraje parece en alguna medida contradictorio, entendemos que hay que interpretar: a) que en todo lo que esté previsto en los Acuerdos del MERCOSUR y en otros tratados, se aplica el Acuerdo del MERCOSUR, ya que el art. 26.2 dice: "en tanto no las contradigan" y b) que en todo lo que no esté previsto en los Acuerdos del MERCOSUR, se aplican los otros tratados, ya que el artículo dice: "no restringirá".

171. Cuando los tratados carecen de normas de compatibilidad o las que contienen son insuficientes, hay que tener en cuenta: el principio de que la ley posterior deroga a la anterior; la vigencia de la ley especial anterior, que no resulta derogada por la ley general posterior y la posibilidad de regir una cuestión por dos o más tratados que resulten compatibles entre sí (arts. 30.3 y 59 de la Convención de la ONU sobre el derecho de los tratados, aprobada en Viena en 1969). Otro principio que –en nuestro modo de ver– debe guiar la interpretación es que hay que aplicar aquella Convención en la que estén involucrados dos Estados ratificantes, preferentemente a la que se aplicaría existiendo un solo EP. Esta regla que por su obviedad no siempre es mencionada, se impone en virtud de la obligación que tienen los Estados de aplicar los tratados internacionales (art. 27 de la Convención de Viena). Incluso el art. 30.4.b de la Convención de Viena se apoya claramente en esta regla al disponer que: "En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y las obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean parte".

Otro principio que a veces se menciona como digno de tener en cuenta es el dar aplicación preferente a aquella Convención que resulte más favorable al arbitraje internacional, criterio que es preconizado habitualmente como norma de compatibilidad en los tratados de cooperación judicial internacional. Claro que cuando ese criterio no aparece expresamente en el texto de la convención, la aplicación de las normas "más favorables", quedarán sujetas a la interpretación que haga el aplicador en cada caso.

Por último, hay que tener en cuenta que los Acuerdos del MERCOSUR disponen la aplicación subsidiaria del Reglamento de procedimientos de CIAC, de las convenciones mencionadas y de la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 25.3). Como puede verse, un caso de arbitraje internacional conectado con el MERCOSUR quedará regido por diversas normas cuya aplicación a los distintos aspectos de la cuestión requiere un análisis que puede resultar complejo.

Bibliografía complementaria

Sobre la Convención de Bruselas:

CALVO CARAVACA, A.L. (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, Madrid, BOE, 1994; DESANTES REAL, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986; VVAA, *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 1988.

Sobre el Protocolo de Buenos Aires:

BLANCO MORALES, P., "Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual", en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 135-152; CIURO CALDANI, M.A., "Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del MERCOSUR", en *Investigación y Docencia*, 23, 1994, pp. 5-10; DREYZIN DE KLOR, A., "Jurisdicción internacional contractual en el MERCOSUR", en *Rev.Der.Priv. Com.*, 7, 1994, pp. 465-490; GALANTE, D., "Comentarios sobre la jurisdicción del Mercado Común del Sur (Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 1994), *RDCO*, a. 29, 1996, pp. 550-567;

NOODT TAQUELA, M.B., "Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994", en *MERCOSUR. Balance y Perspectivas*, Montevideo, FCU, 1996, pp. 135-149; NOODT TAQUELA, M.B., "Los acuerdos de elección de foro en el MERCOSUR", *JA*, 1996– II, pp. 738-747; PALLARÉS, B., "Jurisdicción internacional en el MERCOSUR", *Rev. de la UNL*, 123, 1995, pp. 179-194; PERUGINI, A., "Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual", *JA*, 1997-III, pp. 893-898; TELLECHEA BERGMAN, E., "Un marco jurídico al servicio de la integración. Las regulaciones del MERCOSUR sobre jurisdicción internacional", en P.B. CASELLA, *Contratos Internacionais*, San Pablo, LTr, 1996, pp. 48-74; TELLECHEA BERGMAN, E., *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, Montevideo, FCU, 2002, pp. 73-88; URIONDO DE MARTINOLI, A., "Competencia judicial internacional en el MERCOSUR", *Rev.Der.Priv.Com.*, 14, 1997, pp. 409– 436.

Sobre el Protocolo de Santa María:

NOODT TAQUELA, M.B., "Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR", en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Santa Fe, UNL, 1997, pp. 327-337; FEDER, B., "Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo", en *RDM*, a. 2, 3, 1998, pp. 51-57.

Sobre el Protocolo de Brasilia:

ALEGRÍA, H., "La solución de controversias en el MERCOSUR", *Rev.Der.Priv. Com.*, 1, 1992; ALONSO GARCÍA, R., *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, McGraw Hill, 1997; ARNAUD, V.G., *MERCOSUR, Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996; BLOCH, R. / IGLESIAS, J., *Solución de controversias en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ad-Hoc. 1995; BOLDORINI, M.C., "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias", *Rev.Der.Priv.Com.*, 6, 1994; CIURO CALDANI, M.A., *El Derecho internacional privado ante los procesos de integración*, Rosario, FIJ, 1998; CIURO CALDANI, M.A., *Filosofía de la jurisdicción con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del MERCOSUR*, Rosario, FIJ, 1998; GALEANO PERRONE, C., *Ordenamiento jurídico del MERCOSUR*, Asunción, Intercontinental, 1995; HALPERIN, M., "Los particulares y el MERCOSUR: El Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", *Revista Integración Latinoamericana*, 178, 1992; HIGHTON, E. / LAMBOIS, S., "Unificación y efectividad del derecho en los países del MERCOSUR", *Rev.Der.Priv.Com.*, 6, 1994; OPERTTI BADÁN, D., "Perspectivas de la institucionalidad del MERCOSUR",

RUDIP, 2, 1997, pp. 13-35; PÉREZ OTERMÍN, J., *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Montevideo, FCU, 1995; REY CARO, E., *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El MERCOSUR*, Córdoba, Marcos Lerner, 1998; RODRÍGUES, H.W., *Solucão de Controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 1997.

Sobre el Protocolo de Olivos:

REY CARO, E.J., *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002.

Sobre la jurisdicción arbitral:

BOGGIANO, A., "Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional privado de las privatizaciones", *LL*, 1989-E, pp. 302-307; CAIVANO, R.J., "La cláusula arbitral en contratos por adhesión", *LL*, 1996-E, pp. 1103-1112; CASELLA, P.B., "Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no MERCOSUL e o direito brasileiro", en P.B. CASELLA (coord.), *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*, San Pablo, LTr, 1996, pp. 169- 186; DREYZIN DE KLOR, A., "El Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional", en *Rev.Der.Priv.Com.*, 19, 1999, pp. 461-492; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "La Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya", *RUDIP*, 3, 1999, pp. 141-157; GAMA E SOUZA JR., L., "A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional", en CASELLA, P.B. / ARAÚJO, N. (coords.), *Integração jurídica interamericana. As convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, San Pablo, LTr, 1998, pp. 373-409; GELSI BIDART, A., "Un enfoque sobre procedimientos no adversariales y arbitrales en el MERCOSUR", *JA*, 1996-I, pp. 865-880; GRIGERA NAÓN, H.A., "Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros", *LL*, 1989-C, pp. 881-894; GRIGERA NAÓN, H.A., "La autonomía del acuerdo arbitral", *LL*, 1989-D, pp. 1107-1115; GRIGERA NAÓN, H.A., "La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino", *LL*, 1989-A, pp. 1021-1051; LEE, J.B., *Arbitragem comercial internacional nos países do MERCOSUL*, Curitiba, Juruá, 2002; LEMES, S.M.F., "MERCOSUL: Proposta de regulamentação quanto à solução de controvérsias privadas. Conciliação e arbitragem", en P.B. CASELLA (coord.), *Arbitragem...*, *op. cit.*, pp. 229-242; LEONARDI DE HERBÓN, H. / FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., *Arbitraje interno e internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994; NOODT TAQUELA, M.B., "Arbitra-

je internacional entre particulares en el MERCOSUR", *JA*, 1996-III, pp. 710-718; NOODT TAQUELA, M.B., "Las medidas cautelares en el arbitraje internacional en el MERCOSUR", *RCEA*, 1997, pp. 127-149; NOODT TAQUELA, M.B., "¿Cómo regular el arbitraje entre particulares en el MERCOSUR?, *RDM*, a. 2, nº 3, 1998, pp. 198-204; NOODT TAQUELA, M.B., *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999; NOODT TAQUELA, M.B., *El arbitraje en Argentina*, Montevideo, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Uruguay, 2000; PALAO MORENO, G., "Comentario a la ley 9307 de 23 de septiembre de 1996 sobre Arbitraje de Brasil", *RCEA*, 1997, pp. 390-395; PIMENTEL, L.O. / DOS REIS, M.G. (orgs.), *Direito comercial internacional: arbitragem*, Florianópolis, AB/SC, 2002; SAMTLEBEN, J., "Histórico da arbitragem no Brasil – até o advento da nova lei. Parte I/Parte II", en P.B. CASELLA (coord.), *Arbitragem...*, *op. cit.*, pp. 29-86; SAMTLEBEN, J., "Procedimento Arbitral no Brasil – O Caso 'Lloyd Brasileiro contra Ivarans Rederi' do Superior Tribunal de Justiça", *Rev. dos Trib.*, 704, 1994, pp. 276-281; SANTOS BELANDRO, R., *Arbitraje comercial internacional*, 3ª.ed., México, Pereznieto Editores, 2001; SANTOS BELANDRO, R., "La nueva ley brasileña sobre Arbitraje", en *RUDIP*, 2, 1997, pp. 153-177; STRENGER, I., *Arbitragem Comercial Internacional*, San Pablo, LTr, 1996.

Capítulo 5

Dimensión autónoma de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños

Adriana Dreyzin de Klor, Amalia Uriondo de Martinoli, Nádia de Araújo, Roberto Ruiz Díaz Labrano y Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Argentina

1. Estructura general del sistema

172. El carácter federal que revisten las normas que delimitan la soberanía jurisdiccional de los tribunales argentinos frente a la de sus pares extranjeros surge de la interpretación funcional de la Constitución Argentina (art. 75 inc. 32 y concs.). Estrictamente, el problema de la jurisdicción nacional pertenece al derecho público con proyección internacional y, por ende, su verdadera naturaleza es la de ser normas de derecho internacional público al deslindar la esfera competencial entre los diferentes países. Es por ello que compete al Congreso y no a las provincias sancionar las disposiciones que deciden cuándo los órganos judiciales del país se hallan facultados para entender en un litigio surgido de conflictos jusprivatistas internacionales.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 75 inc. 12 de la CN, las provincias han delegado en el gobierno central la facultad de legislar en materia de fondo, reservándose el derecho de hacerlo en materia procesal (art. 121). En consecuencia, lo que no corresponde a la competencia exclusiva del gobierno federal y no se ha prohibido a las provincias, son funciones concurrentes que simultáneamente pueden ser ejercidas por la Nación y las provincias siempre que su ejercicio no sea incompatible (arts. 125 y 126).

173. La aplicación de tales disposiciones compete a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus

respectivos ámbitos territoriales. Cabe consignar que la competencia federal es de excepción y limitada, pues "no corresponde su ejercicio fuera de los casos contemplados en la Constitución nacional" (CSJN, 18/5/1993, *LL* 1993-E-278; CSJN 26/10/1993, *LL* 1994-C-144).

Mientras las normas de jurisdicción internacional circunscriben la competencia de los órganos judiciales considerados en su conjunto, las reglas distributivas de competencia interna individualizan el órgano judicial del Estado que, en definitiva, será el encargado de resolver la causa. De modo que el funcionamiento de estas reglas está condicionado a la respuesta afirmativa que proporcionen las mencionadas normas de jurisdicción internacional. Ahora bien, teniendo en cuenta que el inc. 22 del art. 75 reconoce a los tratados internacionales "jerarquía superior a las leyes", las normas de jurisdicción internacional de fuente interna quedarían desplazadas por las disposiciones convencionales.

174. Desde el punto de vista de la autonomía legislativa, la materia jurisdiccional no constituye una excepción a la dispersión formal y metodológica de la que adolece el ordenamiento jurídico argentino. En efecto, éste carece de una ley orgánica que aglutine las disposiciones atributivas de jurisdicción internacional. Además de su dispersión, el sistema es incompleto, ya que ciertas materias no tienen normas específicas que resuelvan la cuestión. A los fines de suplir esas lagunas, la doctrina y la jurisprudencia nacional apelan a las siguientes vías: una de ellas es la transposición al plano internacional de las normas de competencia interna, previa adaptación al carácter que revisten tales litigios. Así por ejemplo, las pretensiones derivadas de las relaciones societarias podrán ser dirimidas ante el juez del lugar del domicilio social inscripto y, si la sociedad no requiere inscripción, el del lugar del domicilio fijado en el contrato y en su defecto, el del lugar de la sede social (art. 5 inc. 11 del CPCN).

Otra posibilidad de integrar el ordenamiento jurídico consiste en emplear analógicamente las normas de jurisdicción internacional de fuente convencional a supuestos que quedan fuera de su órbita de aplicación. Este fue el camino que tomaron los tribunales nacionales para pronunciarse sobre los derechos que asistían a la hija adoptiva en la herencia del adoptante José Oreiro Miñones (JuzgNacCiv. N° 30). En igual sentido se orienta una decisión sobre materia cambiaria que con el propósito de cubrir la

laguna en que incurre el Decreto-Ley N° 5965/1963 se aplicaron los Tratados de Montevideo de 1940 (*"Icesa, Industria de Componentes Eléctricos S.A. c/ Bravox S.A. Industria e Comercio Electrónico"*, *ED* 108-602). En los considerandos, el fallo sostiene que "(...) cabe tener presente que careciendo el Decreto-Ley N° 5965/1963 de norma específica sobre jurisdicción internacional, es analógicamente aplicable el art. 35 del TMD-ComTI (1940), del cual resulta que las controversias entre personas intervinientes en la negociación de una letra de cambio habrán de decidirse ante los jueces del domicilio de los demandados, pues de tal manera se tornan óptimas las posibilidades de defensa de éstos". Cabe tener presente que siendo Argentina país ratificante de la CIDIP sobre Letra de cambio, corresponde actualmente aplicar su normativa en primer término y subsidiariamente lo dispuesto por el mencionado Tratado.

Una tercera alternativa es recurrir a los principios informadores del régimen argentino recogidos por la CN, postura que la CSJN viene adoptando de manera reiterada: "*E. Cavura de Vlasov c/ Vlasov A.*" (*Fallos*, 246-87; *LL*, 98-287); "*Jobke, A. c/ Neidig, C.A.*" (CSJN 9/67, *LL*, 1975-D-329); "*Compte y Cía. c/ Ibarra y Cía.*" (*Fallos*, 138-37; *LL*, 4-924).

2. Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación del juez competente

175. El CPCN recepta como principio general que la competencia atribuida a los tribunales argentinos es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc. 4 de la Ley N° 48, se admite como excepción la prórroga de jurisdicción a favor de jueces o árbitros que actúen fuera de la República, siempre que: a) se trate de asuntos patrimoniales de índole internacional; b) exista conformidad de las partes; c) la jurisdicción argentina no sea exclusiva; y d) la prórroga no esté prohibida por ley (art. 1).

176. Complementando dicha disposición el artículo siguiente establece las condiciones para determinar cuándo se configura la prórroga expresa y cuándo la tácita. En orden a delimitar los alcances del acuerdo

de las partes, nuestros tribunales entienden que la sumisión expresa debe resultar clara en la designación del juez extranjero y no cabe deducirla de la designación por las partes de un determinado derecho para regir un contrato. De este modo fundamentó su decisión la CNacCom en la causa "*Nefrón S.A. c/ Gambro Sales A.B., s/ Ordinario*" (*RDCO*, 1988-969), al rechazar el argumento del juez de primera instancia que pretendió inferir de los términos de la cláusula: "el presente contrato se regirá en todos sus aspectos por las leyes suecas", la sujeción del contrato no sólo a las normas sustanciales sino también a las de orden procesal que sobre jurisdicción establecieran dichas leyes. A juicio del tribunal de alzada no hubo manifestación explícita con carácter inequívoco de sometimiento al juez extranjero, pues lo convenido se refiere al problema de la ley aplicable.

Si el acuerdo es posterior a la iniciación de la demanda, el consentimiento es requerido cuando la causa se promueve ante jueces distintos a los indicados como jurisdicción concurrente. Así lo expresó la CSJN en la causa "*Tomás Sastre c/Filiberto Narciso Bibiloni y otro*" (*Fallos*, 274-455; *ED* 24-1). En este caso el conflicto de jurisdicción internacional se planteó como consecuencia de un accidente automovilístico acaecido en Punta del Este. El actor inició las acciones por daños y perjuicios en nuestro país. Los demandados, domiciliados en Buenos Aires, opusieron la excepción de incompetencia de jurisdicción por cuanto ellos no habían admitido voluntariamente la prórroga, acorde a lo exigido por el último párrafo del art. 56 del TMDCI de 1940. La Corte juzgó que el actor había ejercido la opción conferida por el citado artículo –de entablar las acciones personales ante los jueces del domicilio del demandado– pues eran los objetivamente competentes y, consecuentemente, no correspondía el consentimiento exigido en caso de prórroga.

177. En cuanto a la cláusula de prórroga de jurisdicción inserta en un contrato formulario o tipo o con condiciones predispuestas, se resolvió asignarle a ésta plena validez por integrar la factura proforma enviada por el vendedor al importador argentino sin que éste efectuara reserva alguna. La sola circunstancia de que dicha cláusula se halle incorporada a los contratos señalados, no es suficiente para desvirtuar la eficacia de la prórroga instrumentada. El tribunal concluyó que al haberse acepta-

do esa documentación, se tiene por aceptada la conclusión del contrato, y deben entenderse aceptadas las demás conclusiones propuestas; de lo contrario, debió manifestarse la disconformidad (CNacCom-E "*Inta S.A. c/ MCS Officina Mecánica S.P.A. s/ordinario*", *ED*, 157-129). En igual sentido se pronunció la CNacCom-C, en autos "*Quilmes Combustibles S.A. c/ Vigan S.A.*", del 15/3/1991.

3. Normas de jurisdicción internacional

178. En la elaboración de las normas de jurisdicción internacional subyacen una serie de principios orientadores que traducen la necesaria relación entre el caso y el foro. Entre ellos podemos mencionar el principio de efectividad de las decisiones, según el cual se limita la asunción de competencia del juez nacional por la probabilidad de reconocimiento y ejecución de la sentencia propia en Estados extranjeros. Esta fue la línea argumental sustentada por la CNacCiv-I, para asumir jurisdicción internacional en la sucesión *ab intestato* de un causante cuyo último domicilio se situaba en el extranjero ("*Courtenay Luck de Van Domselaar, Norah s/ sucesión ab-intestato*", *ED*, 162-587).

179. Otro principio que sustenta la autolimitación jurisdiccional es el de independencia, esgrimido por la CSJN al considerar que: "Es un principio del derecho de gentes que toda Nación tiene jurisdicción sobre sus habitantes, hechos que ocurren en su territorio y casos judiciales que se produzcan a consecuencia de los mismos; y, contrariamente, que no la tiene, respecto a los hechos y casos producidos fuera de su territorio (...)". De esta forma, el Alto Tribunal admitió el recurso extraordinario y declaró que la justicia nacional es competente para resolver sobre un pedido de indemnización por los perjuicios ocasionados a la mercadería provenientes de un robo ocurrido en un buque surto en el puerto de Buenos Aires. Revocó así la resolución de la Cámara Federal de Apelación de la Capital, que había decretado la incompetencia de los tribunales nacionales para conocer en una demanda por cobro de pesos proveniente de un contrato de fletamento que contenía la renuncia efectuada por el consignatario de la carga a su fuero propio, aceptando de antemano someterse a la jurisdic-

ción de los tribunales de Sevilla para cualquier litigio emergente del contrato de transporte. ("*Compte y Cía. c/ Ibarra y Cía.*", *Fallos*, 138-37 *LL*, 4-924.)

180. La garantía de la defensa en juicio juntamente con el principio que proscribe la denegación internacional de justicia constituyeron el fundamento por el cual la CSJN resolvió asumir competencia frente a un conflicto negativo de jurisdicción internacional, en orden a evitar el peligro de que la actora quedara privada de justicia si no se habilitaba para ella el foro nacional ("*E. Cavura de Vlasov c/ A. Vlasov*"). La solución a que se arriba en autos se incorporó luego como uno de los criterios determinantes de jurisdicción internacional –"último domicilio conyugal efectivo"– para entablar las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad de matrimonio (art. 227 del CC).

181. Para que los jueces argentinos puedan asumir jurisdicción debe haber un mínimo de contacto razonable a fin de no incurrir en el supuesto de jurisdicción exorbitante (CNacCiv-F, 28/12/1987 "*Zapata Timberlake, Marta M.G. c/ Stehlin, Carlos J. F. s/nulidad de matrimonio*", *ED*, 127-602). Es por ello que, además de la autonomía de la voluntad, las normas de jurisdicción internacional emplean como criterios el del foro internacional del patrimonio, el del domicilio, y la teoría del paralelismo o *forum causae*. A efectos de no ser reiterativos, preferimos ilustrar sobre el alcance que la jurisprudencia otorga a los criterios mencionados, ya que un análisis pormenorizado de las reglas se realiza en los respectivos capítulos en que se desarrollan las materias correspondientes.

182. Fuero internacional del patrimonio: el tribunal argentino podrá declarar la ausencia si el presunto ausente tiene bienes en la República, aunque no haya tenido en ella ni el último domicilio, ni la última residencia (art. 16 de la Ley N° 14.394). En "*González de Pettorutti María Rosa s/ sucesión*" (*Doctrina Jurídica*, VI-136) se deslindó con nitidez que la norma citada se relaciona con la cuestión de la ausencia simple y no con la transmisión sucesoria, sea sucesión por muerte natural o real, o por muerte ficta o presunta. En el proceso se había solicitado la aplicación de la referida norma para determinar la competencia, ya que la

misma alude a los puntos de conexión domicilio, residencia o lugar donde existieren bienes. La Cámara Primera de Apelaciones de La Plata, Sala III, entendió que carece de jurisdicción en el sucesorio de una persona cuyo último domicilio se encontraba en otro país –Francia– y máxime si se denuncian bienes muebles a favor de terceros (obras pictóricas). El empleo de este foro permite declarar en concurso a los deudores domiciliados en el extranjero, respecto de bienes existentes en la República (Ley de Concursos y Quiebras 24.522 art. 2, inc. 2°).

183. Conforme lo establece el CC, el domicilio es determinante de jurisdicción internacional en materia de acciones personales (art. 100), tutela (arts. 400, 401, 403), separación, divorcio y nulidad de matrimonio (arts. 227), alimentos (art. 228), contratos (arts. 1215 y 1216) y sucesiones (arts. 90 inc. 7°, 3284 y 3285). Si bien el domicilio es la conexión que prevalece en las acciones referidas, la residencia actuó como determinante de jurisdicción permitiéndole a la CNCiv-B, levantar la interdicción de un declarado insano en un país extranjero y que se encontraba radicado desde hace muchos años en la Argentina. "En el conflicto que se plantea entre el domicilio en un lugar y la residencia en otro, la ley ha acordado competencia excepcional al juez de esta última, sea para decretar medidas conservatorias urgentes o para adoptar otras en forma subsidiaria, inclusive la declaración de interdicción" ("*Lopez Taboada, J.*", *LL*, 90-154).

184. En materia sucesoria el legislador ha optado por el principio de la unidad de jurisdicción, sometiendo la sucesión a un solo juez, el del último domicilio del causante (arts. 90 inc. 7° y 3284). No obstante, la jurisprudencia ha marcado tres líneas interpretativas. Una de ellas concuerda con lo pergeñado por el legislador, declarando la competencia de los jueces argentinos cuando el último domicilio del causante está en el país: CNCiv-I, "*Dumas de Castex, Luisa P. Suc.*" (*JA* II-1992-311); CNCiv-A, "*Cerdeira, Delia, suc.*"(*LL* 1994-E, 683); y CCCba. 3/7/1997, "*Manubens Calvet, Juan Feliciano - Declaratoria de Heredero*" (*Comercio y Justicia* 77-1997-B-262).

Otra de las posiciones afirma la competencia de los tribunales nacionales en virtud del fuero del patrimonio. En este orden de ideas, se establece

que cuando el último domicilio del causante se encuentra en el extranjero, existiendo bienes inmuebles relictos en Argentina, los jueces nacionales asumen jurisdicción. (SCProv. Bs.As., "*Enrique Bayaud, s/suc.*", *ED*, 94-602; CNCiv-C, "*Mandl, Fritz, A.M. suc.*", *ED*, 95-185).

En el supuesto de que se trate de un solo heredero (art. 3285), se distinguen dos tendencias: la primera considera que la competencia corresponde al juez del domicilio del único heredero, inclusive para la tramitación del juicio sucesorio. En tanto que la otra, entiende que sólo corresponde entablar ante ese juez las acciones personales de los acreedores del difunto una vez que el heredero aceptó la herencia (CSJN, "*Himmelspacher, Carlos E.*", *JA*, 1968-V-342).

185. La doctrina y jurisprudencia argentinas en algunos casos apelan al principio del paralelismo –declarar competente al tribunal del país cuyo derecho resulte aplicable al caso– para determinar la jurisdicción internacional. Como la Ley de Sociedades Comerciales (19.550 de 1972, modificada por la Ley N° 22.903 de 1983) no contiene normas de jurisdicción internacional, se recurre al principio del paralelismo para atribuir jurisdicción a los jueces del lugar de constitución de la sociedad, para resolver controversias societarias (art. 118, 1° párrafo) (CNacCom-A, "*Iceşa, Industria de Componentes Eléctricos S.A. c/ Bravox S.A. Industria de Comercio Electrónico*", *ED*, 108-602).

II. Brasil

1. Estructura general del sistema

186. En referencia a la jurisdicción internacional en Brasil, es necesario hacer dos consideraciones. En primer lugar, el momento en el que el Poder Judicial define su jurisdicción. En segundo lugar, los límites especiales que se encuentran definidos en los arts. 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil (CPC). Vamos a ver primeramente el art. 88, que señala que es competente la autoridad jurisdiccional brasileña cuando:

– el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, estuviere domiciliado en Brasil;

– en Brasil debe ser cumplida la obligación;

– la acción se origina en un hecho ocurrido o de un acto practicado en Brasil.

Se reputa domiciliada en Brasil la persona jurídica extranjera que tiene aquí su agencia, filial o sucursal.

Así, el derecho brasileño admite la posibilidad de que la justicia de otro Estado sea competente para juzgar en la causa; se acostumbra a hablar entonces de competencia concurrente. Se trata aquí de la hipótesis en que la norma nacional no excluye la jurisdicción de otros Estados. La sentencia eventualmente obtenida en el extranjero podrá ser homologada ante el STF, siempre que estén presentes los demás requisitos legales, a saber: art. 483 del CPC y el Reglamento Interno del STF, art. 217.II (hubieren sido las partes citadas o haberse verificado legalmente la rebeldía), III (tener carácter de cosa juzgada y estar revestida de las formalidades necesarias para la ejecución en el lugar en que fue dictada) y IV (estar autenticada por el cónsul brasileño y acompañada de traducción oficial), además de los requisitos de no ofender a la soberanía nacional, al orden público y a las buenas costumbres (art. 216 del RISTF), respetando también el art. 15 de la LICC.

En caso de que exista competencia concurrente, el autor podrá escoger entre la tutela jurisdiccional brasileña o extranjera; optando por la extranjera, debe mediar el consentimiento del demandado de someterse a ella, por acuerdo expreso o renuncia tácita a la jurisdicción brasileña, será homologada la sentencia en Brasil.

Con todo ello, observa Barbosa Moreira que

> "(...) no parece enteramente apropiada la expresión 'competencia concurrente', en lo que atañe a la justicia extranjera: en el fondo, para Brasil, la brasileña sería la única competente en principio, mientras que alguna otra únicamente puede venir a tornarse competente, en virtud de un acto de parte, anterior al proceso, cláusula de elección del foro, o practicado en él la sumisión tácita".

El art. 88 recoge las normas siguientes, conocidas por su expresión latina, y que tratan la materia:

Actor sequitur forum rei –"el actor va al foro del demandado"– art. 88, inc. I: siempre será competente la autoridad jurisdiccional brasileña

cuando el demandado esté domiciliado en Brasil. La norma consagra el principio general del domicilio (arts. 31 y 32 del CC) como definidor de la competencia, sin prestar relevancia al concepto de nacionalidad. En este caso no basta con la residencia para que se pueda invocar esta regla jurídica. En el caso de pluralidad de domicilios, basta que uno de ellos esté en Brasil (Pontes de Miranda).

Actor sequitur forum executionis –"el actor va al foro de ejecución"– art. 88, inc. II: fija la competencia de la justicia brasileña en función del lugar del cumplimiento de la obligación, regla también aceptada en el plano interno de atribución de competencia, así como en el derecho comparado –sistema de jurisdicción internacional europeo–; podemos decir que este principio resulta de una manera general de otro principio que es el principio de efectividad.

Actor sequitur forum factis causans –"el actor va al foro determinado por el lugar de acaecimiento del hecho"– art. 88, inc. III: determina la competencia brasileña en relación con los actos practicados en el territorio nacional; en la idea de hecho, debe incluirse el hecho ilícito.

De esta suerte, debemos resaltar como efectos de la competencia concurrente, el hecho de que en todas las hipótesis indicadas por el art. 88, si se presenta aquí la acción, ella tendrá curso normal. Si, en cambio, se presenta en el extranjero, sólo podrá ser válida en Brasil, después de ser debidamente homologada la sentencia (arts. 483 y 484 del CPC).

187. Pasando al análisis del art. 89 del CPC, compete a la autoridad jurisdiccional brasileña, con exclusión de cualquier otra:

– conocer de acciones relativas a inmuebles situados en Brasil;

– proceder al inventario y partición de bienes, situados en Brasil, aunque el causante sea extranjero o tenga residencia fuera del territorio nacional.

En esos casos, al contrario del art. 88, jamás se podrá entender como competente la justicia de cualquier Estado que no sea Brasil: la competencia de la justicia brasileña es exclusiva. Así, cualquier sentencia extranjera dictada en las causas allí previstas no tienen validez en nuestro país.

La redacción del inciso II deja claro que es irrelevante para la fijación de la competencia de la autoridad jurisdiccional brasileña, la nacionalidad de las partes. Respecto a ello, dice Pontes de Miranda:

"[la] regla jurídica del art. 89, II, muestra que se tuvo por finalidad evitar la intromisión del juicio del exterior en las acciones de inventario y partición de bienes, situados en Brasil, sin tener que averiguar si es extranjero el causante, o si es domiciliado y residente fuera del territorio brasileño".

El inciso I del art. 89, a su vez, encierra la discusión sobre el ámbito de la expresión "acciones relativas a inmuebles situados en Brasil". El tipo de acción es irrelevante; la regla incidirá en la especie, sea la acción declarativa, constitutiva, condenatoria o ejecutiva. Con relación al objeto del litigio, o a su causa, puede ocasionar controversia. Así, algunos autores juzgan aplicable la regla del art. 89, II, sólo a las acciones *in rem*, esto es, fundadas en derecho real, y no a las acciones *in personam*, esto es, fundadas en derecho obligacional. El STF, después de cierta indecisión (RE nº 90.961, *RTJ* 90/727 (1979)), consolidó el razonamiento más amplio (SE Nº 2.492, *RTJ* 101/69 (1982)), siguiendo la doctrina mayoritaria. Las acciones relativas a inmuebles situados en Brasil deben abarcar no solamente aquéllas de carácter real, sino también aquéllas fundadas en derecho obligacional y cuestiones posesorias. En esos casos, impone la ley brasileña la incompetencia absoluta de la jurisdicción extranjera sobre esas materias. Vale recordar que el hecho de no admitirse que otro Estado decida sobre bienes inmuebles situados en su territorio es una tendencia tradicional de alcance general de los Estados soberanos, basada en cuestiones de orden público.

2. La determinación de la jurisdicción internacional

188. En lo que atañe al proceso civil internacional, dos son los momentos en que surge la cuestión de competencia internacional:

a) En la acción presentada en Brasil, la primera pregunta del juez es en el sentido de determinar su competencia interna, *vis a vis* la situación que se presenta, en especial aquélla con perfiles internacionales;

b) En la ejecución de una sentencia dictada en el exterior, si ha sido juzgada en el exterior (ocasión de competencia concurrente de la justicia extranjera), pero necesita ser ejecutada en Brasil, será preciso proceder a la homologación de esa decisión extranjera. En Brasil la competencia

para analizar y dar validez a pedidos y decisiones de los tribunales extranjeros cabe, con exclusividad, al STF.

3. Jurisprudencia

A) En las cuestiones ante el juez nacional

189. La cuestión de competencia internacional se pone ante el juez nacional cuando el litigio posee algún acto conectado al juicio extranjero. Las mayores ocasiones son en el campo del derecho de familia, por ejemplo, cuando el matrimonio o el divorcio se realizó en el exterior y hay bienes en Brasil, o por ocasión de la sucesión.

Sobre el art. 89, II, véase RE 99.230-8, *RT* 595/291. Los bienes situados en el extranjero no pueden ser computados en la cuota hereditaria por la justicia brasileña; en relación con bienes situados en Brasil y sucesión realizada en el extranjero, véase TJSP Agravio 22.396-1, *RT* 560/82. En Río de Janeiro, véase Ap. 23.317, de 1983. Sobre el art. 88, III, véase Ap. 3000/93 TJRJ, en que en la separación realizada en Brasil con uno de los cónyuges residiendo en el exterior, la competencia fue determinada por haber ocurrido el hecho en Brasil. Véase también, SE 3989, de 17/3/1989.

B) En las sentencias extranjeras homologadas ante el STF

190. También aquí la mayoría de los casos es relativa a sentencias de divorcio y otras sobre sucesión. Por tener la justicia brasileña competencia exclusiva sobre bienes aquí situados, es común que decisiones extranjeras acerca de bienes inmuebles sean denegadas por el STF. Es el caso relatado en SE 3939, en *RTJ* 123/893, en el cual fue denegada la homologación de una sentencia extranjera de Portugal, que trataba de la donación de bienes inmuebles situados en Brasil.

Otra ocasión muy común es la discusión de la cuestión de competencia en el pedido de exequátur de cartas rogatorias provenientes de la justicia extranjera, para citar al demandado aquí domiciliado. El STF tiene decidido que en ese momento no se discute la competencia internacional

cuando se trata de las hipótesis de competencia concurrente, pues la aceptación o no de la jurisdicción extranjera por el citado no obsta a la concesión del exequátur. En ese sentido: CR 4219, *RTJ* 115/1093; CR 4338-4, *RT* 614/210; CR 4707, *RT* 632/220.

III. Paraguay

1. Estructura general del sistema

191. El art. 143.4 de la Constitución nacional de 1992 establece que la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a diversos principios, entre los cuales se encuentra el de "la solidaridad y la cooperación internacional". La apertura internacional en la Constitución nacional, sin embargo, no se ve reflejada en las disposiciones sobre jurisdicción internacional, y tampoco en una estructuración de las normas de DIPr.

2. Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación del juez competente

192. El art. 3 CPC se ocupa del carácter de la competencia y de acuerdo al mismo: "La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales". Por su parte, el art. 6 COJ dispone: "La jurisdicción es improrrogable, salvo la territorial, que podrá prorrogarse por conformidad de partes en los juicios civiles y comerciales, y tampoco podrá ser delegada. Los jueces y tribunales conocerán y decidirán por sí mismos los juicios de su competencia, pero podrán comisionar cuando fuere necesario, a otros jueces para diligencias determinadas".

Estas disposiciones definen el alcance de la competencia jurisdiccional nacional, y lo hacen por medio de unas reglas confusas y a primera vista limitativas de la autonomía de la voluntad para determinar la jurisdicción

a la cual las partes pudieran someter la solución de sus controversias ante un órgano jurisdiccional extranjero. No restringen la prórroga de jurisdicción, o pacto de jurisdicción por acuerdo de partes dentro del territorio, pero la primera señala que dicha prórroga no podrá ser efectuada a favor de jueces extranjeros, disposición que produce confusión sobre el alcance y los límites de la autonomía. Se han ensayado variadas interpretaciones de este texto, pero la prohibición de derogar la jurisdicción internacional parece muy clara en la letra de la ley cuando esté prevista la competencia de los jueces paraguayos. Sin embargo, el texto literal de la norma del CPC no impediría la prórroga a favor de los jueces paraguayos, en los casos en que éstos, en principio, no resulten competentes. El hecho de que la reglamentación de las cuestiones de competencia interna aparezca mezclada con disposiciones relativas a la jurisdicción internacional no ayuda desde luego a realizar una interpretación correcta.

193. No de otro modo debe ser entendido el art. 5 CPC que se refiere a la competencia nacional en los siguientes términos: "La competencia del juez paraguayo subsistirá hasta el fin de las causas iniciadas ante él, aunque también durante el proceso las circunstancias que determinaron inicialmente su competencia".

Lo indica también lo dispuesto en el art. 7 CPC respecto de la declaración de incompetencia al decir que: "Toda demanda debe interponerse ante juez competente, y siempre que de la exposición del actor resulte no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez inhibirse de oficio, sin más actuaciones, mandando que el interesado ocurra ante quien corresponda, salvo lo establecido por los artículos 3 y 4", por cuanto si un juez encuentra que no es competente deberá inhibirse.

En cuanto al carácter de la prórroga de jurisdicción, el art. 4 CPC se refiere a la prórroga expresa o tácita de la competencia territorial: "La prórroga puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando así se convenga entre las partes. Será tácita respecto del actor, por el hecho de haber entablado la demanda; respecto del demandado, por haberla contestado o dejado de hacerlo, u opuesto excepciones previas, sin articular la declinatoria. Una vez prorrogada la competencia, queda definitivamente fijada para todas las instancias del proceso".

3. Normas de jurisdicción internacional

194. Las reglas de competencia jurisdiccional de carácter general están contenidas en el COJ, Ley N° 879 del 2/12/1981, que contiene disposiciones específicas sobre las acciones personales, las acciones reales, acciones derivadas de las obligaciones, de los contratos y en materia de incapacidad sobre la actuación de los tutores y curadores.

El COJ dispone en su art. 9 que los jueces y tribunales aplicarán la Constitución, los tratados internacionales, los códigos y otras leyes, los decretos, ordenanzas municipales y reglamentos, en el orden de prelación enunciado. No podrán negarse a administrar justicia. En caso de insuficiencia, oscuridad o silencio de la ley, aplicarán las disposiciones de leyes análogas y los principios generales del derecho y tendrán en consideración los precedentes judiciales. La ley extranjera competente será aplicada de oficio por los jueces y tribunales de la República, sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar su existencia, contenido y vigencia.

En el ámbito de aplicación material el COJ establece reglas generales y de competencia referidas a cuestiones civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativas (art. 11) y a materia criminal (art. 12).

El art. 16 COJ dispone que: "En las acciones reales sobre inmuebles será competente el juez del lugar de su situación", y si las acciones recaen sobre bienes muebles "será competente el juez del lugar donde se hallen, o el del domicilio del demandado, a elección del demandante". El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

Para las acciones personales, de acuerdo al art. 17 COJ, será competente el juez del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado, o el del lugar del contrato con tal que el demandado se halle en él aunque sea accidentalmente. Si hubiere varios coobligados, prevalece la competencia del juez ante quien se instaure la demanda. El que no tuviere domicilio conocido podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre.

El art. 19 COJ dispone que puede demandarse ante el juez nacional el cumplimiento de los contratos que deben ejercerse en la República,

aunque el demandado no tuviere su domicilio o residencia en ella. Si el deudor tuviere su domicilio en la República y el contrato debiera cumplirse fuera de ella, podrá ser demandado ante el juez de su domicilio. En cuanto a las obligaciones accesorias, el art. 18 COJ determina que será juez competente para conocer de la obligación accesoria el que lo sea de la principal.

Sobre ciertas competencias especiales, el art. 20 COJ indica que será competente para entender en las acciones relativas a la gestión de los tutores o curadores, el juez que discernió la tutela o la curatela. El cambio de domicilio o residencia del tutor o curador, o del menor o incapaz, no altera la competencia.

Sobre la particularidad de ciertas competencias, como las que emanan del sobrevuelo del territorio nacional, el art. 24 COJ establece que son competentes los jueces nacionales, pero si se tratare de aeronaves extranjeras, serán competentes sólo en caso de infracción a las leyes o reglamentos de seguridad pública, militares, fiscales o de seguridad aérea, o cuando comprometan la seguridad o el orden público, o afecten el interés del Estado o demás personas, o se hubiere realizado en el territorio nacional el primer aterrizaje después del hecho. El art. 25 COJ determina la competencia jurisdiccional nacional en los hechos y actos producidos a bordo de aeronaves paraguayas en vuelo sobre alta mar, o cuando no fuere posible determinar sobre qué territorio volaba la aeronave cuando se ejecutó el acto o se produjo el hecho. Si los actos o hechos se hubieran efectuado a bordo de una aeronave paraguaya en vuelo sobre territorio extranjero los jueces y tribunales nacionales sólo serán competentes si se hubieran afectado legítimos intereses nacionales.

En las acciones promovidas por el trabajador, derivadas del contrato de trabajo o de la ley, será juez competente, a elección de aquél: a) el del lugar de la ejecución del trabajo; b) el del domicilio del empleador; c) el del lugar de celebración del contrato; y d) el del lugar de la residencia del trabajador cuando éste prestare servicio en varios lugares a la vez (art. 23 COJ).

195. El CPC sancionado el 4 de noviembre de 1985 como Ley N° 1337, entró a regir el 1° de enero de 1987 derogando el antiguo Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial –Ley del 21 de noviem-

bre de 1883– y varias leyes complementarias. Se ocupa en el Libro I de las Disposiciones Generales y en el Título I de los Órganos Judiciales; en el Capítulo I se refiere a la Jurisdicción y Competencia. Conforme al sistema adoptado por Paraguay de unificación de las obligaciones civiles y comerciales, el Código Procesal ha unificado también la competencia civil y comercial. El 11 de abril de 2002 se sancionó la Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación (GO 26/4/2002 n° 80 bis), que derogó las normas sobre la materia del CPC (arts. 536 y 774 a 835).

De acuerdo al art. 733 CPC el juicio sucesorio posee fuero de atracción, ya que "El juez de la sucesión es competente para entender en todas las cuestiones que puedan surgir a causa de la muerte del causante, así como en todas las reclamaciones deducidas contra él o que pudieren promoverse contra aquélla". Las reglas de competencia en materia sucesoria sin embargo están contempladas en el CC en el art. 2449, al disponer que: "La jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del lugar del último domicilio del causante (...)".

IV. Uruguay

1. Estructura general del sistema

196. El DIPr uruguayo establece las reglas generales en materia de jurisdicción internacional en el Apéndice del CC y en la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (LOJ) N° 15.750, del 24/6/1985. El principio general es el de la jurisdicción internacional de los jueces del Estado cuya ley es competente para regular la relación jurídica de que se trate; el actor puede optar por la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandado. Estas dos bases de jurisdicción, establecidas preceptivamente por el legislador, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que la ley competente lo autorice. Dentro de este margen de excepción, se establecen reglas especiales con respecto a algunas materias en leyes específicas, como por ejemplo: Ley N° 16.749 sobre Mercado de Valores y Ley N° 16.774 sobre Fondos de Inversión.

2. Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación del juez competente

197. El principio general en el sistema de DIPr uruguayo es la no admisión de la autonomía de la voluntad, siendo el legislador el que establece preceptivamente las bases de jurisdicción. Así lo dispone claramente el art. 2403 CC en su primera parte: "Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes". Pero luego agrega una excepción al principio general: "Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente". Podemos interpretar que "ley competente" refiere al orden jurídico remitido por la norma de conflicto aplicada en el caso, o a la normativa de DIPr competente para regular la categoría de que se trata, ya sea ésta de fuente nacional o internacional. En cuanto al régimen general de proscripción de la autonomía, el redactor del Apéndice, Vargas Guillemette, sostuvo en su exposición de motivos (redactada hace más de sesenta años, cuando el DIPr era concebido en general como un mero apéndice del DIP) que "las partes no pueden variar a su arbitrio las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas, se ha tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación del Estado a cuyo orden social o económico se vincula por su naturaleza la relación jurídica de que se trata". El Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes reafirma esta idea, y agrega que "la competencia internacional se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica".

198. Esta norma ha sido aplicada con una interpretación pacífica por la jurisprudencia uruguaya. Así por ejemplo, en el caso "*Banco de Seguros del Estado c/ Nedlloyd Lijnen BV*" (*RTYS* N° 11, caso N° 193), referido a un contrato de transporte con lugar de celebración en Montevideo y lugar de entrega en Nueva Zelandia en que el barco encalló en la costa de Brasil y se produjo la pérdida total de la carga, se rechaza la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales uruguayos (los del domicilio del demandado, art. 2401), descartándose, en virtud del art. 2403 CC, la validez de la cláusula establecida al dorso del conocimiento de embarque que fijaba otra jurisdicción.

3. Normas de jurisdicción internacional

199. El art. 2401 CC establece básicamente los mismos criterios que los TM, es decir, el criterio Asser como principio general y el del domicilio del demandado como criterio alternativo, a opción del actor (art. 2401). El principio de paralelismo o criterio Asser, así llamado por haber sido propuesto por este autor holandés del siglo XIX, presidente de la Primera Conferencia Internacional de Derecho Internacional Privado de La Haya, celebrada en septiembre de 1893, es un criterio objetivo indirecto. Dice el art. 2401: "Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones". Este criterio tiene básicamente dos ventajas prácticas: descarta la posibilidad de que opere la excepción de orden público internacional, y facilita la tarea del juez, que aplicará su propia ley.

En el caso *"DFPO c/ Transporte Turismo Limitada, daños y perjuicios"* (*RTYS* N° 10, caso N° 185), referido a un contrato de transporte de pasajeros pactado con pasaje de ida y vuelta y boleto único (Montevideo-Porto Alegre-Montevideo), en que el ómnibus protagoniza un accidente en territorio brasileño en que resulta lesionado un pasajero, el actor, se discute la jurisdicción competente y el JLC 17°, en Sentencia N° 527 del 22/4/1994 (Consentida), sostiene la competencia de los tribunales uruguayos por ser los del lugar del cumplimiento del contrato (arts. 2399 y 2401 CCiv).

La parte final del art. 2401 agrega un criterio tradicional y de aceptación universal: "Tratándose de acciones personales patrimoniales éstas pueden ser ejercidas a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado". Este criterio de jurisdicción tiene la ventaja de garantizar al demandado las mejores posibilidades de defensa, y al actor la posibilidad de ejecutar la sentencia donde previsiblemente el demandado tiene bienes.

El art. 34 LOJ incorpora con igual redacción los principios contenidos en el Apéndice del CC, al punto que éstos no están derogados (Herbert). Más aún, dado que el texto del CC fue modificado por Ley N° 16.603 de 19/10/1994 y entró en vigencia el 19/10/1995, conforme al art. 5 de la misma, la norma posterior es actualmente el art. 2401 del CC

(que mantiene incambiado el texto de 1941) y no el art. 34 de la LOJ. En cuanto al criterio alternativo del domicilio del demandado, el art. 27 LOJ establece que: "si la persona jurídica o la sociedad comercial o civil tuviere establecimientos, agencias u oficinas en diversos lugares, podrá ser demandada ante el tribunal del lugar donde exista el establecimiento, agencia u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que da origen al juicio". Esta norma plantea problemas de interpretación que han dado lugar a dos posiciones: en primer lugar puede sostenerse que el art. 27 está situado en un lugar de la LOJ en que pareciera atribuir la calidad de domicilio al lugar que ella indique. En consecuencia, como el demandado estaría domiciliado, de acuerdo a esta norma, en el país, el juez uruguayo podría asumir jurisdicción por el principio *actor sequitur forum rei* (art. 2401 inc. 2 CC). El punto débil de esta posición es que la ley no parece estar definiendo lo que es un domicilio, sino todo lo contrario, otorgando la posibilidad, por excepción, de emplazar en un lugar que no es el domicilio, y para eso se necesita ley.

Otra interpretación es que habría un nuevo criterio de atribución de jurisdicción, porque solamente puede "emplazar" el tribunal que tiene jurisdicción, de lo que se deduce que, si el tribunal de ese lugar tiene posibilidad de emplazar, es porque se le ha atribuido jurisdicción. El punto débil de esta segunda posición es que podría pensarse que en realidad no hay ninguna atribución de jurisdicción a los tribunales del lugar donde está la agencia, etc., y que, basado en los mismos argumentos recién indicados, solamente puede "emplazar" al demandado en ese lugar el tribunal que ya tenga competencia por esas razones. La realidad de los hechos hoy es que se asume jurisdicción en base al art. 27. En este sentido se pronunció el JLC 14° en el caso "*SAFER S.A. c/ Deutsch Sudamericanische Bank, Cobro de pesos*", F. 108/95 (inédito), referido a un negocio jurídico plurilateral de crédito documentario que vinculaba a Uruguay y Alemania, en que se discutía la jurisdicción internacional. La misma jueza, en Sentencia N° 2485/96 del 17/10/1996 rechazó la excepción de incompetencia de los tribunales uruguayos sobre la base de los arts. 34 de la Ley N° 15.750, 2401 CC y 197 de la Ley N° 16.060 de sociedades comerciales (ver Cap. 31), sosteniendo la competencia de los tribunales uruguayos por ser los del domicilio del demandado.

200. La Ley N° 16.749 sobre Mercado de Valores (ver al respecto Cap. 29.IV.4) establece una solución en materia de jurisdicción (al igual que en materia de ley), que constituye una excepción –y por tanto de interpretación restrictiva– al régimen general establecido en el Apéndice. Se trata de la primera vez que una ley de fuente nacional establece la posibilidad de elegir la ley aplicable y la jurisdicción competente (Herbert). El art. 46 dispone:

> "En la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquellos, cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere.
>
> Ello no obstará al derecho de los tenedores a elegir en todo caso la jurisdicción del domicilio del emisor.
>
> Practicada la elección de jurisdicción, en uno u otro sentido, a través de la comparecencia ante los tribunales correspondientes, no podrá ser luego modificada".

Es decir que cuando se cumplen las condiciones del art. 46, estaríamos dentro del margen en que la ley autoriza la autonomía. Cabe señalar no obstante que se trata de la voluntad de una sola de las partes –la del emisor– y no de "las partes", como establece el art. 2403, y como en general lo hace la doctrina y el derecho comparado. Si bien con respecto a la jurisdicción, el párrafo 2 del art. 46 reconoce a los tenedores el derecho a "elegir en todo caso la jurisdicción del domicilio del emisor", esta facultad no otorga al tenedor la posibilidad de elegir libremente la jurisdicción que más le convenga. Por ejemplo, en la hipótesis en que el emisor sea una empresa domiciliada en el extranjero, que coloca obligaciones en Uruguay, habiendo optado por la jurisdicción de sus propios tribunales, y esas obligaciones sean adquiridas por un tenedor-inversor domiciliado en Uruguay, éste último sólo podrá reclamar ante los tribunales extranjeros elegidos por el emisor extranjero, que coincide con los del domicilio de éste (supuesta opción del párrafo 2).

Si bien la Ley N° 16.774 sobre Fondos de Inversión no regula expresamente el problema de la jurisdicción competente, se ha interpretado (Posadas Montero) que es posible, siempre que exista "oferta internacio-

nal", elegir ley y jurisdicción para las cuotapartes, en base a los arts. 46 y 7 de la Ley de Mercado de Valores. El art. 7 incluye las "cuotas de fondos de inversión" entre los valores que se rigen por la Ley de Mercado de Valores.

Bibliografía complementaria

BARBI, C.A., *Comentários ao Código de Prôcesso Civil*, San Pablo, Forense, 1975 (2 vols.); BARBOSA MOREIRA, J.C., "Problemas relativos a litígios internacionais", *Revista de Processo*, 65, 1992, pp. 144-161; CARNEIRO, A.G., *Jurisdição e Competência*, 6a. ed., San Pablo, Saraiva, 1995; HERBERT, R., "La autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable y juez competente en relación a la emisión de valores a realizarse en Uruguay y que se cumple en Uruguay", en *Actualidades del Derecho Comercial Uruguayo*, Universidad, 1996; MORI, C.C. / NASCIMENTO, E.B., "A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro", *Revista de Processo*, 73, 2000, pp. 74-93; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense 2° ed., 1995; SOLARI BARRANDEGUY, M., "Temas actuales en el DIP uruguayo", *RUDIP*, 2, 1997.

Sección III
Derecho aplicable

Capítulo 6

Aspectos generales del sector del derecho aplicable

Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. El pluralismo de métodos

201. Ya hemos señalado, en más de una ocasión, que la concepción de DIPr imperante durante mucho tiempo circunscribía éste únicamente a las cuestiones que ahora englobamos en el sector del derecho aplicable. Pero en realidad tal concepción era aun más limitada, ya que no sólo veía en el DIPr únicamente problemas de derecho aplicable (remitiendo los aspectos "procesales" a un rincón residual de "materias afines" –ver por ejemplo el sin embargo importantísimo DIPr de Werner Goldschmidt–), sino que además se pensaba en una única norma de DIPr: la llamada norma indirecta, más conocida como norma de conflicto. Es decir, un solo problema (la determinación del derecho aplicable) y una sola metodología (la indirecta), eran las características esenciales del DIPr clásico.

Pero hace bastante tiempo, en 1973, Henri Batiffol impartió un curso que devino famoso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya referido, precisamente, al pluralismo de métodos en el DIPr, como respuesta a las "discusiones que se han desarrollado particularmente desde hace una quincena de años". La intención del autor fue llamar la atención acerca de que la determinación del derecho aplicable a una situación privada internacional no estaba exclusivamente basada, como se venía predicando tradicionalmente, en las normas indirectas. Por el contrario, advertía la existencia de tres tendencias básicas que de algún modo venían conspirando contra la exclusividad de aquel modelo: la cre-

ciente preeminencia de la designación del juez competente sobre la correlativa determinación del derecho aplicable (cuya forma más radical pasaba por afirmar que cada juez debía aplicar su propia ley, eliminando así el problema del "conflicto de leyes"), la aparición de normas materiales de DIPr y la atención cada vez mayor que los jueces daban a las llamadas normas de policía. Casi treinta años después, esas tendencias se han confirmado y desarrollado sus propios perfiles, pintando un panorama del DIPr ciertamente multifacético. Todavía en 1995, en su magnífico curso general en la misma Academia, Erik Jayme identificaba como tendencias fundamentales del "DIPr postmoderno" el rol esencial de los aspectos procesales del mismo y la materialización de las soluciones.

202. En los tres capítulos anteriores vimos cómo opera y qué consecuencias tiene la determinación del juez competente para resolver un caso de DIPr. La misma ubicación del sector de la jurisdicción antes que el sector del derecho aplicable indica nuestro respeto a la objetividad de la primera tendencia anunciada. Así que ahora vamos a centrarnos en las tendencias que tienen que ver con el derecho aplicable. Para ello es necesario partir de dos nociones básicas, relacionadas entre sí. Tal vez la más importante pase por considerar que la modificación de las concepciones elementales del sector del derecho aplicable no sólo se concreta en la materialización fuera de la norma de conflicto (en su doble vertiente: soluciones materiales especiales e imperatividad de algunas soluciones materiales nacionales –leyes de policía–), sino que la propia norma de conflicto ha sufrido una notable metamorfosis a través de los procesos de especialización, materialización y flexibilización (González Campos, Audit, Rodríguez Mateos).

La otra cuestión elemental que es preciso dejar aclarada desde un principio es que todos los sistemas de DIPr vigentes en el mundo actual, con sus componentes autónomos y heterónomos (convencionales e institucionales), reflejan la pluralidad metodológica aludida. Es cierto que, en general, se mantiene un acusado protagonismo del método indirecto o de atribución (Solari). Pero, como veremos, en los sistemas de DIPr concebidos en las últimas décadas, las normas de conflicto (ya sea que se las considere individualmente o en conjunto) ya no responden a los parámetros clásicos. Este matiz es fundamental; no incluirlo es dar una

visión errada de la realidad. Dicho de otro modo, cuando afirmamos que "se mantiene un acusado protagonismo del método indirecto" debemos tener muy en cuenta que la norma jurídica mediante la cual se concreta dicho método ha cambiado forma y función. De ahí que en realidad, siendo rigurosos, no hay tal "mantenimiento". Sí resulta cierto, en cambio, que las normas materiales de DIPr siguen siendo de carácter excepcional, ya que sólo regulan algunas materias, y que aun en dichas materias, no puede prescindirse del sistema de conflicto cuando la regulación material resulta insuficiente (Opertti). Es por eso que no corresponde enfrentar las reglas de conflicto a las materiales, porque estas últimas tienen una función complementaria o de colaboración con las primeras (Solari).

II. El método indirecto de elección o de atribución

1. Descripción

203. La idea de base del método de atribución, tal como lo planteara hace más de un siglo y medio Friedrich K. Savigny, consiste en localizar idealmente una relación jurídica geográficamente dispersa en un solo ordenamiento, a fin de que las normas internas de éste brinden la regulación de aquélla. La hipótesis es entonces la de una relación que está vinculada con dos o más ordenamientos jurídicos que, como lógicamente no pueden aplicarse todos a la vez, queda sometida a uno de ellos.

El problema inmediato que surge es el del mecanismo para elegir tal derecho. Según Savigny, cada relación jurídica tiene un elemento nuclear, característico, y donde éste se encuentra puede considerarse localizada toda la relación y, por lo tanto, procede la aplicación del derecho de ese lugar. Admitiendo que esto sea así, el siguiente problema es quién determina cuál es la "sede" de cada categoría. Para Savigny la respuesta a esta pregunta es unívoca ya que la sede se corresponde con la propia naturaleza de cada categoría, siendo pasible, en consecuencia, de una determinación común para todas las naciones, lo que debía desembocar en una "armonía internacional de soluciones". Por eso, él mismo designa la sede de una serie de relaciones jurídicas, con pretensiones de validez univer-

sal. Sin embargo, como el devenir histórico ha demostrado, los criterios de vinculación entre la relación jurídica y el derecho aplicable establecidos por cada legislador varían. Para dar un ejemplo muy básico, en algunos ordenamientos se considera aplicable a las cuestiones personales (como la capacidad) el derecho de la nacionalidad de la persona, mientras que en otros se aplica la ley de su domicilio. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, como ha quedado planteado desde el inicio de esta obra, la enorme cantidad de convenciones sobre derecho aplicable vigentes ha mitigado parcialmente ese desencuentro.

204. Señalado lo anterior, podemos decir que el método indirecto se manifiesta a través de la norma de conflicto, de colisión o indirecta, la cual no contiene una regulación material de la categoría o supuesto, sino que indica –a través de un elemento denominado punto de conexión– cuál será el derecho material aplicable a la misma. Atribuye competencia a uno de los muchos ordenamientos jurídicos existentes, para regular la categoría o supuesto a que refiere; elige uno entre esos varios derechos que podrían resultar aplicables al supuesto. Las normas indirectas "permiten escoger dentro de la diversidad", mientras que las normas materiales "crean un único derecho sustantivo aplicable dentro del marco internacional previamente delimitado con el auxilio de técnicas propias del sistema de conflicto" (Opertti).

2. La eventual aplicación del derecho extranjero

205. El supuesto básico para la aplicación del derecho extranjero es que exista un sistema de conflicto (Solari) y que la norma de conflicto aplicable se remita a él. En un sistema material de DIPr no puede darse la aplicación del derecho extranjero, ya que se trata de normas que regulan directamente la categoría, o dicho en otras palabras, que contienen ellas mismas la regulación de la categoría. La norma de conflicto, a través del punto de conexión, determina cuál es el derecho material nacional aplicable para regular la correspondiente categoría. Ese derecho material que resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto será, según los casos, el propio del juez o un derecho extranjero, dependiendo de

dónde se realice el punto de conexión previsto en la norma. Por ejemplo, si la norma de conflicto aplicable establece que "La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio" (art. 1 TMDCI de 1889, coincidente con la solución de 1940), la determinación del derecho material nacional competente para regular la categoría dependerá del lugar donde se realice el punto de conexión domicilio. Si la persona está domiciliada en el mismo Estado del juez, éste aplicará su propio derecho interno, es decir, será su propio CC el que le indicará a qué edad adquiere la capacidad esa persona y todos los demás elementos relativos a la capacidad o incapacidad de la persona. En cambio si el individuo está domiciliado en un Estado extranjero, el juez va a tener que consultar el derecho material interno de dicho Estado, que para él resulta ser derecho extranjero, para saber a qué edad adquiere capacidad la persona en cuestión.

Si de lo que se trata es de establecer la validez o nulidad de un matrimonio y resulta aplicable, por ejemplo, el Apéndice del CC uruguayo (norma de conflicto de la dimensión autónoma), que establece en su art. 2395 que "la ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial", cuál será el derecho material aplicable al caso, y si el mismo es el derecho propio del juez o un derecho extranjero, dependerá del lugar donde se haya celebrado ese matrimonio.

206. Frente a la necesidad práctica de lograr la continuidad jurídica para que pueda funcionar el "*commercium* internacional", es necesario aplicar derecho extranjero. Pero dada la vigencia del principio de la exclusividad, ¿a qué título se aplica ese derecho extranjero? En el pasado se han dado distintas respuestas a este interrogante, a través de distintas teorías, como la teoría del hecho, la teoría del derecho, la teoría de los derechos adquiridos y las teorías de la incorporación y de la recreación como variantes de la teoría llamada del derecho propio.

La teoría del hecho parte de la base de que como el derecho extranjero no es coercible en el Estado del juez, ya que carece de *imperium* fuera del territorio del Estado que lo dictó –principio de la exclusividad–, no puede ser aplicado allí como derecho. Afirma Henri Batiffol que el derecho extranjero es un elemento de hecho del proceso, porque "se presenta al juez como exterior a las órdenes del legislador a nombre del cual

él imparte justicia", careciendo del *imperium* que ese derecho tiene en su país, en el Estado donde fue dictado. Esta teoría es sólo aparentemente válida, ya que si bien en un sentido amplio el derecho, sea nacional o extranjero, puede ser considerado como un hecho social, cuando contraponemos los conceptos de hecho y de derecho es evidente que el derecho –ya sea nacional o extranjero– es ciertamente derecho. La idea de considerar al derecho extranjero como un elemento de hecho se opone a la estructura lógica del concepto mismo de derecho.

El argumento de Batiffol de que el derecho extranjero no es coercible en el Estado del juez, de que es exterior a las órdenes del legislador a nombre del cual éste imparte justicia (el legislador de su propio Estado), confirma el carácter de "extranjero" de ese derecho, pero no su condición de "hecho". Por otra parte, el derecho extranjero adquiere su imperativo a través de la norma de conflicto del foro que le atribuyó competencia. Dicha norma de conflicto le está reconociendo su propia naturaleza de "derecho" a esa ley material a la que le atribuye competencia, al establecer, por ejemplo, que la capacidad se regula por la "ley" del domicilio, la validez del matrimonio por la "ley" del lugar de su celebración, los bienes por la "ley" del lugar de su situación, los contratos por la "ley" del lugar de su cumplimiento, etc. (Yasseen). Es entonces en virtud de esta norma de conflicto que le atribuye competencia, que la determina como derecho material aplicable, que la norma material extranjera adquiere *imperium* dentro del Estado del juez; es el propio sistema de conflicto del juez el que le da *imperium* a ese derecho material extranjero remitido por la norma de conflicto, dentro del territorio del Estado del juez.

En consecuencia, el derecho extranjero que en el Estado al que pertenece sin duda es derecho y como tal es coercible, deviene coercible también en el Estado del juez que lo aplica, en virtud de la norma de conflicto del orden jurídico de dicho juez, independientemente de que la referida norma de conflicto sea de fuente nacional o internacional. O sea que esa norma de conflicto que le atribuye competencia a *ese* derecho extranjero, dándole imperatividad, no es en blanco como pretenden los partidarios de la teoría del derecho propio, sino que contiene una referencia precisa a un determinado derecho, a través de un punto de conexión, y si ese punto de conexión se realiza en un Estado extranjero, la propia norma de conflicto es la que le está atribuyendo competencia a

ese derecho extranjero, que debe ser aplicado de oficio, preceptivamente por el juez.

Otro argumento que utiliza Batiffol para fundar la teoría del hecho es que es un principio esencial que el juez conoce el derecho (*iura novit curia*), lo cual no ocurre respecto del derecho extranjero: es imposible suponer que el juez conoce todos los derechos materiales de todos los Estados. Este argumento también es rebatible. Con respecto al derecho extranjero, el principio *iura novit curia* tiene un alcance distinto al que tiene respecto al derecho propio: ese conocimiento no es general y *a priori* como son respecto al derecho interno, sino particular y *a posteriori*. El conocimiento del derecho extranjero que se pretende por parte del juez no es global y anticipado, sino parcial –se concreta al punto litigioso– y *a posteriori* –una vez planteado el caso– (Solari). La máxima *iura novit curia* se traduce en la práctica en una obligación de conocer el derecho al momento de juzgar (Yasseen). Los medios de que dispone el juez para lograr su cometido son diversos, como veremos más adelante. Sostiene Batiffol que el juez actúa como un sociólogo respecto del derecho extranjero, limitándose a constatar los hechos: qué normas se aplican en ese Estado a esa categoría, si están vigentes, cómo se interpretan, etc. O sea que la actitud del juez frente al derecho extranjero no es la misma que frente a su derecho material nacional. Cabría preguntarse por qué esta teoría que tiene argumentos tan poco sólidos del punto de vista lógico-jurídico, ha tenido tanto éxito; y la respuesta parecería encontrarse en sus ventajas prácticas indudables (ver Cap. 8.III).

La teoría del derecho parte de la idea *savignyana* de que todos los derechos están en un pie de igualdad, entonces aquel que resulte competente para regular la relación jurídica extranacional en virtud de la norma de conflicto, será aplicado por el juez como derecho. Es precisamente en virtud de la regla de conflicto que el derecho extranjero es aplicado como tal; la regla de conflicto constituye pues el título de la aplicación de ese derecho (Yasseen). El axioma *savignyano* que establece que la relación jurídica debe ser regulada por el mismo derecho en todas partes presupone el principio de la extraterritorialidad de las leyes, y por tanto la aplicación del derecho de un Estado en el territorio de otro. También Mancini, al igual que los demás autores clásicos que asumieron una posición internacionalista, sostuvo que los Estados soberanos "no pueden

rehusarse legítimamente a aplicar leyes extranjeras (...); tienen que abstenerse de regular por sus propias leyes aquellas relaciones que, por su naturaleza, deben depender de la autoridad de las leyes extranjeras".

La teoría de los derechos adquiridos surge con la doctrina angloamericana, particularmente con Story, Dicey y Beale, como respuesta al interrogante de a qué título se aplica el derecho extranjero en el Estado del foro. Los autores referidos sostienen básicamente que el juez no aplica el derecho extranjero, sino que simplemente respeta los derechos debidamente adquiridos bajo la vigencia de éste. Pretenden explicar por qué se aplica derecho extranjero dentro de las fronteras de otro Estado con soberanía absoluta, y lo hacen a partir de la distinción entre el derecho extranjero objetivo (normas jurídicas extranjeras) y los derechos extranjeros subjetivos que las personas adquieren en virtud de dichas normas. La crítica que ha merecido esta teoría es que no es posible aceptar un derecho subjetivo si no es aceptando la regla objetiva en que el mismo se funda, y en la medida en que ésta lo establezca (Alfonsín).

Otro intento de respuesta al interrogante referido lo constituye la teoría del derecho propio. El argumento básico de la misma es que la imperatividad del derecho extranjero en el Estado del foro le es dada por la propia norma de conflicto del juez, que no regula directamente la relación, sino que es una disposición en blanco, que llena su contenido con una norma material que puede ser nacional o extranjera. Al incorporarse a esa norma en blanco, el derecho extranjero pasa a ser derecho propio del juez, y se aplica a ese título. ¿Cómo se realiza esa transformación en derecho propio? Hay dos variantes dentro de la teoría del derecho propio: la teoría de la incorporación y la teoría de la recreación. La teoría de la incorporación se basa en que el juez lo que hace es incorporar la solución que había dado el legislador extranjero en esa mención en blanco que contiene la norma de conflicto, y que debe ser llenada según la clave dada por el punto de conexión. La norma a que se refiere el punto de conexión, ya sea nacional o extranjera, se incorpora al texto de la norma de conflicto del juez, y por eso se aplica como derecho propio. Esta teoría es ficticia: significaría la absorción por cada derecho nacional del conjunto de sistemas jurídicos del mundo. La teoría de la incorporación es contraria al sentido profundo del DIPr, el cual está fundado en el reconocimiento recíproco de los Estados y sus órdenes jurídicos

(Zajtay). Si las reglas del DIPr dan competencia a un derecho extranjero es porque reconocen su existencia, y en ciertas circunstancias prefieren su aplicación a la de la *lex fori*. La teoría de la recreación se basa en que el juez lo que hace es recrear el derecho extranjero al fallar, por lo cual la norma extranjera no se incorpora a la nacional, sino que sirve de modelo para la creación de una norma propia de contenido igual al de la extranjera.

A su turno, Werner Goldschmidt, concibe la teoría del uso jurídico en los siguientes términos: "si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable". Para Goldschmidt "es vitalmente distinto aplicar derecho propio y 'aplicar' derecho extranjero". Tal vez porque como sagazmente apuntara Carrillo Salcedo, "el derecho extranjero es derecho... pero extranjero".

3. Determinación concreta del derecho extranjero aplicable

207. El propio DIPr contiene normas que proporcionan al juez los mecanismos para cumplir con el mandato de los arts. 2 de los Protocolos adicionales a los TM de 1889 y de 1940, art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de 1979, art. 525.3 del CGP y art. 1 del Convenio argentino-uruguayo de 1980, de aplicar el derecho extranjero de oficio, y en su caso tal como lo harían los jueces del Estado al que pertenece la norma. Los Protocolos adicionales a los TM de 1889 y de 1940, arts. 5 y 6 respectivamente, consagran la obligación de los gobiernos de los Estados parte "a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países". No obstante, esta fórmula ha resultado inoperante en la práctica por carecerse del imprescindible apoyo de órganos a cargo de la remisión y sistematización de esas informaciones (Tellechea).

208. La Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (CIDIP II), vigente en los cuatro Estados merco-

sureños, ha sido criticada en cuanto a su título (Parra Aranguren, Tellechea), por cuanto el término "prueba" no es adecuado ni se corresponde con la concepción seguida por esta Convención y por la Convención interamericana sobre normas generales de atribuirle naturaleza jurídica y no fáctica al derecho extranjero. La Convención establece en su art. 2 la obligación de las autoridades de cada uno de los Estados parte de proporcionar a las autoridades de los demás que lo solicitaren, "los elementos de prueba e informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho". Obviamente la información no puede limitarse al texto de las normas y a su vigencia, pues para poder el juez cumplir con el mandato del art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales y textos análogos, de aplicar el derecho extranjero "tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable" (de acuerdo a la teoría de Goldschmidt), deberá conocer las distintas interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia de ese Estado dan a ese derecho extranjero aplicable.

La Convención adopta un criterio amplio en cuanto a los medios de prueba admitidos: "cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como del Estado requerido" (art. 3). A continuación, el mismo artículo enumera de manera no taxativa los medios idóneos a los efectos de la Convención: la prueba documental, la prueba pericial y los informes del Estado requerido, sin atribuirles apriorísticamente mayor o menor importancia según el tipo de prueba de que se trate. Esta solución coincide con la recomendación de Zajtay, quien sostiene que sería erróneo atribuir una prioridad absoluta a uno u otro de los diferentes medios de prueba empleados en materia de derecho extranjero, ya que su valor es relativo y depende de las circunstancias en las cuales esos medios sean aplicados. Con respecto a la prueba pericial, resulta compartible la apreciación de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, quienes afirman que:

> "(...) no cabe duda de que la prueba pericial debe ser objeto de mayor sospecha que la prueba documental, por la eventual 'imparcialidad' de uno de los peritos cuyo concurso solicita, pero también remunera, la parte interesada. De ahí que deba extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso deba tenderse al nombramiento li-

> bre del perito por el juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece".

El art. 4 de la Convención establece que son las autoridades jurisdiccionales las que pueden solicitar los informes a que refiere el art. 3, inc. c. O sea que los pedidos de informes cursados al Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de determinados aspectos de su derecho, corresponde en principio solamente a las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente, no a los particulares. Estos tienen sí la posibilidad de utilizar los medios previstos en los incisos a y b del art. 3 (prueba documental y pericial). Nótese que la referencia a "autoridades jurisdiccionales" es más amplia que "autoridades judiciales", ya que incluye a cualquiera que desarrolle una actividad jurisdiccional, lo cual implica que se trata de órganos independientes y con potestad de fallar con autoridad de cosa juzgada (Tellechea); en palabras de Opertti, "toda autoridad que actúe como verdadero tribunal de justicia". El inc. 2 del art. 4 autoriza a los Estados parte a "extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades". Señala Tellechea que esta es una "solución flexible, que permite beneficiar a todos los aplicadores de la ley extranjera con el más eficaz de los procedimientos previstos de cooperación informativa."

El art. 5 establece los requisitos que preceptivamente deberán contener las solicitudes de informes. El inc. a exige que se indique cuál es la autoridad de la que proviene la solicitud; lo cual tiene su explicación en lo establecido en el art. 4, que establece que sólo las autoridades jurisdiccionales podrán solicitar los informes a los que refiere el art. 3, inc. c. El inc. c del art. 5 "excluye en su parte final toda posibilidad de calificar 'lex fori', debiéndose en cambio determinar la solución aplicable por la calificación que realice el Estado requerido" (Tellechea). Respecto a este punto, Alfonsín sostiene:

> "Si todas las normas indirectas de derecho privado internacional señalaran con precisión la norma extranjera de derecho privado que se debe aplicar, bastaría una sola calificación de la relación extranacional para descubrir a la vez cuál norma del derecho privado internacional y cuál norma del derecho privado extranjero son las aplicables a la relación".

> "Pero como las normas indirectas suelen señalar tal o cual derecho extranjero sin otra especificación, prácticamente serán necesarias dos calificaciones sucesivas de la relación para descubrir cuál es la norma extranjera de derecho privado que debemos aplicarle."

La primera calificación de la relación extranacional debe ser efectuada conforme la técnica del derecho privado internacional aplicable, para determinar cuál norma de ese derecho debe aplicarse; la segunda debe realizarse una vez concluida la primera y por consiguiente cuando ya se ha determinado cuál es el derecho privado nacional aplicable. Esta segunda calificación, que tiene por finalidad determinar qué norma específica de ese orden jurídico remitido por la norma de conflicto debe regular en definitiva la relación, debe realizarse conforme la técnica de ese orden jurídico remitido. O sea que la calificación siempre debe ser *in ordine*.

El art. 6 establece por un lado la obligación de los Estados de responder a las consultas formuladas por los demás Estados parte; pero por otro, el carácter de no vinculante de la respuesta. Esta solicitud tiene como finalidad facilitar la cooperación en esta materia, ya que al no quedar obligado el Estado que brinda la información a aplicar el derecho según el contenido de la respuesta proporcionada, el Estado requerido estará mejor dispuesto a brindar la información que se le solicite (Tellechea). Por su parte la autoridad jurisdiccional que solicitó la información, no estará obligada "a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida" (art. 6, inc. 3), salvaguardándose así la independencia de los jueces. El art. 10 establece dos excepciones a la obligación de los Estados parte de responder a las consultas que les formularen otros Estados parte: 1°) que los interesados del Estado requerido estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información; 2°) que la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía. Las solicitudes de informes sólo podrán ser diligenciadas de una de las dos formas previstas por el art. 7: 1) "directamente por las autoridades jurisdiccionales" o 2) "a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido".

209. Como ya vimos, el Convenio uruguayo-argentino sobre aplicación e información del derecho extranjero, ratificado por Uruguay por

Ley N° 15.109 del 17/3/1981 y por Argentina por Ley N° 22.411 del 27/2/1981, que entró en vigencia el 12/5/1981, fecha en que se intercambiaron los respectivos instrumentos de ratificación en Montevideo, sintetiza en pocos artículos la doctrina consagrada en los textos de las Convenciones interamericanas de Montevideo de 1979 (Tellechea) ya analizadas.

4. Falencias del método de atribución y correcciones

210. En general, puede decirse que el método de atribución tiene dos falencias de fondo: una tiene que ver con su carácter más o menos mecánico o automático, insensible a buena parte de las particularidades del caso concreto, y la otra hace referencia al hecho de que en virtud de dicho método se termina aplicando una ley estatal concebida para supuestos homogéneos (con todos sus elementos vinculados a tal ordenamiento) a casos que no lo son. Todo esto por no mencionar la justa crítica –mucho más aguda– al defasaje existente entre sistemas (muchísimos en el mundo) que se basan en el método de atribución, y los escasos casos concretos en los cuales realmente se aplica derecho extranjero, ya sea por la desidia o comodidad de los jueces o por los mecanismos para evitar tal aplicación que brindan los propios sistemas (Juenger). Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se ha criticado la ineficiencia que supone la puesta en práctica de un método que puede llevar a la difícil y costosa aplicación del derecho extranjero (Garcimartín Alférez).

211. Con un carácter más particular, ha habido tres impugnaciones muy concretas. La primera criticaba la generalidad de las categorías a las que se refieren los diferentes supuestos de hecho, extremo que impediría la necesaria adecuación a las especificidades de cada subespecie. Hoy por hoy, tal crítica ha perdido un poco su razón de ser, toda vez que tanto las normas indirectas estatales como las convencionales han sufrido un notable proceso de especialización (como sucede, por ejemplo, en materia de contratos). Si algunos Estados siguen aferrados a normas indirectas generales o generalísimas no puede decirse que sea por culpa de la metodología sino de la desidia de sus autoridades para adoptar normas más especializadas.

212. La segunda impugnación se dirigía a la rigidez del mecanismo de localización del derecho aplicable, la cual, al ser predeterminada por el legislador para todos los casos posibles, impedía al juez la realización de cualquier ajuste al caso concreto. Así, el juez de cualquier país del MERCOSUR debería aplicar a la sucesión el derecho del país del último domicilio del causante aunque vea que el caso está claramente más vinculado con otro ordenamiento y que el último domicilio se presenta como un dato totalmente irrelevante en el caso concreto. Esta crítica sigue siendo muy válida al día de hoy, ya que los sistemas de DIPr del MERCOSUR se siguen moviendo en parámetros de una gran rigidez. Sin embargo, el derecho comparado y la propia obra de codificación interamericana muestran claros indicios de una tendencia hacia la flexibilidad de las soluciones, entendiendo como tal la adecuación de la respuesta al caso concreto.

La mejor manera de conseguir ese resultado es otorgando a los particulares la posibilidad de elegir, libremente y de común acuerdo, el derecho aplicable al caso, ya que nadie mejor que las partes para saber qué derecho puede resultar el más apropiado para regir la relación que ellas entablan; en este sentido, existe una clara tendencia a nivel internacional favorable a ampliar el margen de la autonomía de la voluntad (ver Cap. 1.IV.5). Otra forma de lograr una buena adecuación pasa por otorgar un papel más relevante en la tarea de localización al juez del caso, lo que se consigue a través de la utilización de fórmulas abiertas que ordenan la aplicación del derecho del Estado "más estrechamente vinculado" con el caso, o que presenta con éste "la relación más significativa".

En materia de contratos internacionales, la conjunción de ambas formas (es decir, autonomía de la voluntad y, en su defecto, vínculos más estrechos) está presente en muchísimos sistemas de DIPr del mundo, siendo la fórmula adoptada por la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994) vigente en México y Venezuela, por la Ley venezolana de DIPr (1998) y por el Proyecto argentino de DIPr (1999). Para la responsabilidad extracontractual y, en particular, para la que se deriva de accidentes de circulación, la flexibilidad para determinar el derecho aplicable en lugar de la aplicación mecánica de la tradicional regla de la ley del lugar de la producción del hecho dañoso (del accidente) ha sido la carta de presenta-

ción de la llamada "revolución (norte)americana", a partir del famoso caso "*Babcock c/ Jackson*", fallado por la Corte Suprema de Nueva York en 1963. De allí, ha tenido una gran repercusión mundial, como lo demuestra la Convención de La Haya de 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera y, en nuestro ámbito, el Protocolo mercosureño de San Luis sobre accidentes de tránsito.

En la Ley suiza de DIPr (1987), la flexibilidad tiene alcance general, ya que su art. 15 consagra la llamada cláusula de excepción sin limitación material, en los siguientes términos:

> "El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho".

213. La tercera crítica particular se centraba en la supuesta neutralidad del método, ya que en cierta medida el legislador se desentendería del resultado concreto de la localización al utilizar fórmulas apriorísticas aplicables a todos los casos. La crítica iba dirigida entonces a la falta de preocupación por la realización de los valores materiales presentes en el ordenamiento: si cualquier derecho puede resultar aplicable es muy difícil que la solución concreta del caso se compadezca con tales valores. Haciendo un esfuerzo de síntesis, debe señalarse, en primer lugar, que siempre existe al menos una mínima valoración por parte del legislador al momento de establecer los criterios de localización para cada norma indirecta (como pasa por ejemplo con la opción entre el domicilio y la nacionalidad para regular las cuestiones personales). Sin embargo, es bien cierto que un sistema de localización pergeñado bajo pautas más o menos clásicas no atiende suficientemente a las exigencias materiales del ordenamiento. Pero, para casos extremos, siempre queda a mano el recurso al orden público. Para otros supuestos, el legislador puede usar diversos mecanismos para favorecer determinado resultado material sin abandonar el método indirecto, como es el de las "normas de conflicto materialmente orientadas" (Boggiano). Del mismo modo, la utilización de conexiones alternativas se ha revelado como una vía apropiada para idéntico fin. Estas metodologías se pueden contrastar, dentro del ámbi-

to interamericano, en la Convención sobre obligaciones alimentarias de la CIDIP IV, donde la intención del "legislador" es claramente favorecer la obtención de alimentos (Santos Belandro).

III. Elementos de la norma indirecta

1. Estática y dinámica de la norma indirecta

214. Si analizamos la norma indirecta (o norma de conflicto) desde el punto de vista de su estructura, encontramos que –al igual que toda norma legal– ésta contiene dos elementos: la categoría, supuesto o tipo legal, que "enuncia el objeto de la norma", el "conjunto de relaciones jurídicas regulado por la disposición", y la disposición o consecuencia jurídica, que "enuncia la regulación o derecho inherente a la categoría" (Alfonsín). Pero dentro de la disposición aparece un elemento típico, característico de la norma indirecta, el punto de conexión, que es "la circunstancia del caso gracias a la cual podemos identificar el derecho aplicable" (Goldschmidt), es el elemento que oficia como clave para determinar el derecho material aplicable a la categoría. Tálice señala que es dentro del supuesto de hecho de la norma donde aparece inserta la nota de extranjería, de internacionalidad, de extranacionalidad.

215. El funcionamiento de la norma indirecta plantea diferentes problemas, algunos comunes a toda norma legal, y otros específicos de las normas indirectas o de conflicto (Pérez Vera). Este proceso de aplicación de las normas indirectas, su funcionamiento mismo, puede dividirse básicamente en dos momentos o etapas: 1°) la calificación de la relación jurídica, y 2°) la determinación del derecho material aplicable. La calificación es la operación tendente a ubicar la relación jurídica dentro de una única categoría, o supuesto normativo, o tipo legal. Esto nos permite determinar qué norma concreta del sistema de DIPr del foro va a regular la relación jurídica de que se trata. La segunda operación, la llamada determinación del derecho material aplicable, nos conduce (a través del punto de conexión) a la regulación material concreta de la relación jurídica. La calificación conecta la relación jurídica con la norma indirecta,

mientras que la determinación conecta la norma indirecta con el derecho material aplicable.

2. El supuesto y su calificación

216. Las categorías de las normas indirectas son sintéticas, ya que resumen los elementos que caracterizan una determinada relación, tomando elementos del derecho comparado, pero no se definen. Son descripciones abiertas y dinámicas. Aparece aquí una diferencia con las normas materiales del derecho interno, que sí definen sus categorías. La norma de DIPr no puede definir su categoría porque si lo hiciera reduciría el campo de aplicación de la norma. Tampoco puede recurrirse a la norma del derecho interno para determinar el alcance extensivo de la categoría de DIPr, ya que esto haría inútil al sistema de normas de conflicto. Las categorías de las normas de DIPr están destinadas a confrontarse con categorías jurídicas; las del derecho interno, en cambio, lo hacen con hechos, con conceptualizaciones de situaciones de vida. Es precisamente debido a la definición que da la norma interna (de contrato, de matrimonio, etc.), que esa situación de vida pasa a ser jurídica. Relación jurídica es toda situación de vida calificada jurídicamente. En DIPr las situaciones de vida ya fueron calificadas jurídicamente por cierto orden jurídico (el fundante), pero debe establecerse si se les va a dar o no continuidad jurídica en el Estado donde se quieran hacer valer y en qué condiciones. Así por ejemplo, la situación de vida calificada como matrimonio en el Estado A, ¿va a ser reconocida como tal en el Estado B? ¿En qué condiciones? (Herbert).

217. El cuadro de categorías varía de un subsistema a otro. Compárese por ejemplo el cuadro de categorías de los TM, de la CIDIP y del CB. Para determinar el alcance extensivo de una categoría, y por tanto cuál es el objeto de la norma, es necesario tener en cuenta, entre otras cosas, el cuadro de categorías del subsistema al que nos estamos refiriendo. Ejemplo: en el art. 2399 del Apéndice Código Civil uruguayo encontramos una categoría muy amplia: "actos jurídicos". Supongamos que debemos calificar un contrato de compraventa internacional de merca-

derías, o un contrato de transferencia internacional de tecnología. Para ello tendremos que determinar el alcance extensivo de las distintas categorías del DIPr uruguayo de fuente interna, para determinar si esas relaciones jurídicas caben o no dentro de alguna de dichas categorías. En el ejemplo, dichas relaciones jurídicas pueden ser calificadas como actos jurídicos, o sea que caben dentro del alcance extensivo de la categoría prevista en el mencionado art. 2399. Podría ser que el subsistema aplicable incluyera categorías más específicas, como por ejemplo, contrato de compraventa internacional de mercaderías, contrato de transferencia de tecnología, etc., en vez de una macro categoría como "actos jurídicos". En ese caso, calificaríamos cada relación jurídica en su categoría específica. O sea que si estuvieran reguladas en categorías autónomas dichas figuras contractuales, se restringiría automáticamente el alcance extensivo de la categoría "actos jurídicos" del art. 2399 referido.

Hoy día la tendencia es hacia las regulaciones específicas de categorías determinadas (ejemplo: CIDIP), dejando de lado categorías muy amplias, de alcance indeterminado. El DIPr parte de un núcleo básico de categorías, para ir progresivamente incorporando otras, a medida que se van identificando otras categorías autónomas y diferenciadas. Esto es parte del progreso del DIPr, y se va produciendo no desde la visión de un solo Estado, sino de un consenso, de un concierto de acuerdos. Existe entonces un recorrido hacia una categorización más afinada, más detenida (ejemplo: el contrato de leasing).

218. La diversidad de categorías específicas respecto a cierta materia, como por ejemplo los contratos, permite sin duda una regulación más adecuada de las distintas modalidades contractuales. Pero la gran ventaja de las categorías genéricas amplias, como la referida del art. 2399 del CC uruguayo, es que permiten regular figuras contractuales que ni siquiera existían cuando se sancionó la respectiva ley (ejemplo: el leasing, la transferencia internacional de tecnología, etc.). La dificultad está en la adecuación de la solución: a veces el contrato ofrece ciertas peculiaridades que deben ser tomadas en cuenta a la hora de elegir la ley aplicable. A su vez las categorías más restringidas implican el riesgo de regular aspectos o relaciones jurídicas estrechamente vinculadas por las circunstancias de una forma no armónica. Ese riesgo se evita con categorías con

un objeto más amplio, que incluya más relaciones jurídicas. Pero también a través de otros mecanismos de adaptación o armonización (Alfonsín), como los previstos en el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales.

3. La consecuencia jurídica y el punto de conexión

219. Las normas indirectas contienen en la disposición un elemento específico, que oficia de clave para determinar el derecho privado nacional aplicable, es decir, que sirve de nexo entre el supuesto planteado y la consecuencia jurídica. En la conexión se manifiesta la política jurídica del Estado, ya que es a través de ella que el legislador establece cuál será el orden jurídico que regulará la categoría, en función de esa política o interés del Estado. Es a través de la conexión que se brinda a la relación una ley única y adecuada (Savigny).

Para determinar el derecho material aplicable indicado por la norma de conflicto a través del punto de conexión, es necesario realizar tres operaciones: primero, interpretar el punto de conexión, el cual puede ser de hecho (ej.: lugar de situación del bien), en cuyo caso la determinación del alcance del concepto suele ser simple, o jurídico (ej.: domicilio). En este último caso, es necesario determinar el alcance extensivo del concepto jurídico inserto en el punto de conexión, lo que replantea los problemas interpretativos surgidos respecto de las categorías. Conforme a la técnica de interpretación *in ordine*, el punto de conexión domicilio en el TMDCI de 1940 debe interpretarse conforme la definición material del art. 5 del mismo Tratado. Pero en las convenciones interamericanas debe hacerse conforme la definición de la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas. Segundo, determinar dónde se realiza el punto de conexión. En principio, el punto de conexión debe señalar inequívocamente un solo derecho, ya que debe realizarse en un solo Estado. Pero a veces se realiza en varios Estados (ej.: nacionalidad o domicilio múltiple), o no se realiza en ningún lado (la persona carece de domicilio). En los casos de realización imposible, es necesario recurrir a normas subsidiarias (ej.: residencia, para el domicilio). Si éstas no existen, es una laguna del sistema a ser integrada por los medios lícitos

de integración. En los casos de realización múltiple, y cuando no haya una norma expresa que lo decida, se plantean distintas soluciones: a) optar por uno de los derechos posibles (ej.: de varias nacionalidades, la que coincida con el domicilio); b) desechar la aplicación de los distintos derechos posibles y considerar al punto de conexión como de realización imposible, aplicándose las normas subsidiarias.

El punto de conexión no debe involucrar circunstancias que a su vez dependan de la categoría. ¿Qué quiere decir esto? Por ejemplo, si una norma dijera que la filiación legítima se rige por la ley del lugar del domicilio del hijo, se daría un círculo vicioso, porque para determinar qué ley rige tendríamos que determinar previamente si esa persona es o no hija legítima, ya que los hijos menores tienen domicilio legal allí donde lo tienen sus padres.

220. Las normas indirectas pueden clasificarse según el punto de conexión que contienen: normas simples, que son aquellas que tienen un solo punto de conexión; cj.: la capacidad se rige por la ley del domicilio. Las normas acumulativas contienen más de un punto de conexión; ejemplo: el artículo 13 del TMDCI del 1889 que establece que la disolución del matrimonio se rige por la ley del domicilio matrimonial, "siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró" ese matrimonio cuya disolución se pretende. Las normas complementarias son aquellas en que hay varios puntos de conexión necesarios; ejemplo: la capacidad se rige por la ley de la nacionalidad, pero si la persona tuviera más de una nacionalidad se rige por aquella que coincida con el domicilio. Normas alternativas son aquellas que tienen varios puntos de conexión que operan alternativamente (ej.: art. 3638 CC argentino). Optativas serían aquellas en que la alternativa queda librada a la voluntad de las partes (ej.: art. 2 del Convenio entre España y Uruguay sobre Alimentos para menores, de 1988); mientras que las subsidiarias son aquellas que prevén un orden jerárquico: la segunda conexión sólo se aplica en defecto a la primera, si la primera no funciona (art. 2 de la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr, de 1979).

221. La disposición enuncia la regulación de la categoría por la norma, contiene o refiere a las consecuencias jurídicas de la categoría. En las

normas indirectas la disposición se limita a señalar el derecho privado nacional en que está contenido el derecho que regula la categoría, regulando así indirectamente la relación a que la categoría se refiere; señalan en abstracto a través del punto de conexión, el derecho material nacional aplicable a la categoría. Son "concretas" las que individualizan ellas mismas el derecho aplicable, como por ejemplo el art. 3 , inc. 3 del CC francés: "El estado y la capacidad de los franceses se regula por la ley francesa" (formulación unilateral que implica que las mismas cuestiones referidas a extranjeros se regirán por sus respectivas leyes nacionales).

IV. Dinámica de la norma indirecta: los llamados problemas generales del DIPr

1. Conflicto de calificaciones

222. Planteado el caso internacional, el abogado del actor primero y el juez luego, deberán identificar la fuente normativa aplicable: el tratado que en la materia de que se trata vincula a los Estados involucrados, o en su defecto, el sistema interno de DIPr del Estado del juez. La calificación es la operación de ubicación de la relación jurídica dentro de una sola de las categorías que ofrece el subsistema del DIPr del foro aplicable al caso (subsistema de fuente internacional o nacional). La calificación se rige por distintos principios, criterios y pautas (Herbert). La premisa básica es que cada relación jurídica sólo puede ser regulada por una única norma; en consecuencia, debe ser ubicada en la única categoría que le corresponde, no pudiendo adaptarse simultáneamente a dos categorías de DIPr (axiomas *savignyanos* del derecho único y adecuado para regular la relación jurídica). Esto es de la mayor importancia práctica, porque la calificación de la relación jurídica en una u otra categoría, determinará en última instancia la aplicación de uno u otro derecho material interno. Para determinar cuál es esa única categoría donde corresponde ubicar a la relación jurídica en cuestión, es necesario determinar el alcance extensivo de las distintas categorías, teniendo en cuenta el cuadro de categorías del subsistema de DIPr aplicable (ej.: subsistema de DIPr de fuente interna, Tratados de Montevideo, etcétera).

Para determinar el alcance extensivo de una categoría, es necesario interpretar la norma de DIPr, lo cual debe hacerse conforme el principio rector de que toda norma debe ser interpretada *in ordine*, o sea conforme a las pautas y los criterios interpretativos del orden jurídico a que dichas normas pertenecen, ya sea el orden jurídico nacional o internacional (Alfonsín, Goldschmidt, Tálice). Según Tálice, interpretación y calificación son dos momentos "diferentes y sucesivos en el proceso de aplicación del DIPr a las relaciones extranacionales". Afirma que la interpretación de la norma de DIPr es una tarea previa a la calificación de la relación jurídica extranacional, porque la ubicación de esta última en una u otra categoría dependerá del resultado que arroje su interpretación, que nos señalará el ámbito de aplicación de la norma, es decir, el conjunto de situaciones de hecho o de derecho comprendidas en cada uno de los supuestos normativos. Alfonsín en cambio afirma que se trata de un mismo proceso, pero analizado desde dos puntos de vista: la interpretación, desde el punto de vista de la norma, y la calificación desde el punto de vista de la relación jurídica.

La determinación del alcance extensivo de la categoría debe hacerse *in ordine*, pero no limitándola al alcance extensivo que tienen las categorías de la *lex fori* (derecho privado interno). Si bien las categorías de las normas de DIPr están basadas y son análogas a las de la *lex fori*, no son idénticas, sino que son más amplias. El alcance conceptual de la categoría de DIPr debe ser ampliado razonablemente, ya que limitado a su significado interno no sería capaz de regular relaciones extranacionales. En general, la precisión del alcance extensivo de las categorías se obtiene a través del medio directo, que consiste en analizar las declaraciones expresas acerca del alcance extensivo de las categorías, mediante definiciones, enumeraciones, etc. Cuando no existen esas declaraciones expresas, será necesario recurrir a otros datos de los que se pueda inferir cuál fue el pensamiento del legislador acerca de la extensión de las categorías de DIPr (actas parlamentarias, etc.) Cuando tampoco así sea posible conocer la extensión de las categorías de DIPr, será necesario recurrir a la analogía con la *lex fori*, teniendo siempre presente que no debe tomarse al pie de la letra las categorías de ésta, sino con un criterio amplio de razonabilidad (Tálice, Alfonsín, Boggiano). Puede ocurrir que el orden jurídico al que pertenece la norma, en lugar de declarar de manera direc-

ta el alcance extensivo de cierta categoría, indique la norma jurídica que la declarará (medio indirecto). Ej.: arts. 26 y 32 TMDCI de 1889 y de 1940 respectivamente, que regulan la categoría bienes.

223. Cuando se trata de normas de la dimensión convencional, la interpretación de las mismas debe realizarse también a la luz del orden jurídico al que éstas pertenecen, o sea dentro del marco del tratado o convención internacional del que emanan. Respecto a las normas supranacionales, no es posible recurrir a la analogía con la *lex fori* del intérprete. Ello significaría admitir una interpretación *extra ordinem*, con la posibilidad de que se produzcan distintas interpretaciones nacionales de las normas convencionales, lo cual resulta contradictorio con el fin unificador de la convención. En los propios textos convencionales se incorpora implícita y a veces expresamente la obligación de realizar una interpretación de los mismos respetando su finalidad internacional. Muchas convenciones realizan, incluso, calificaciones autárquicas de los términos incluidos en ellas, con la abierta finalidad de evitar que lo que mucho ha costado unificar quede desunificado por divergencias interpretativas.

224. En cuanto a la integración de las normas de DIPr, resulta evidente que el DIPr positivo, sea de fuente nacional o internacional, no regula todas las relaciones jurídicas extranacionales y situaciones de tráfico externo. Pero los jueces deben fallar aun en caso de silencio o insuficiencia de la ley, lo que constituye un principio de recibo universal. Para solucionar este problema, es necesario determinar a qué fuente de derecho hay que acudir para encontrar la solución normativa ausente en el derecho positivo aplicable. Para ello se han propuesto dos soluciones: 1°) partiendo de la premisa de que el DIPr es un derecho de excepción frente al derecho privado nacional, la relación jurídica extranacional carente de regulación positiva, requerirá una solución normativa derivada de éste último; y 2°) si se le atribuye al DIPr autonomía científica, considerándolo un sistema autárquico de normas, debe concluirse que es capaz por sí mismo de colmar las lagunas que pueda presentar su derecho positivo, utilizando para ello los medios ordinarios de integración del derecho (analogía, principios generales del derecho y doctrina más recibida). Pero téngase presente que sólo es posible integrar las lagunas en el

DIPr nacional o de fuente interna, no en el de fuente internacional (Tálice). En el DIPr supranacional no existen lagunas: si la relación jurídica extranacional no está regulada, la misma queda al margen del tratado. Los tratados sólo comprenden aquello que fue consentido por los Estados contratantes; fuera de eso, no hay tratado, y la relación jurídica será regulada por el DIPr de fuente nacional.

225. Una vez calificada la relación jurídica en la única categoría que le corresponde del sistema de DIPr –internacional o interno– del foro y determinado el derecho material aplicable a la misma, puede ocurrir que la relación jurídica se ubique en una categoría del derecho remitido "distinta a la que corresponde a la ley del foro y que dio base a la selección de la norma de conflicto", y esto es en sentido estricto lo que se llama conflicto de calificaciones (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). En realidad esta situación surge en una etapa posterior a la de la calificación de la relación jurídica en la categoría de la norma de DIPr, y una vez que esta última ya ha desempeñado su papel de identificación del derecho material aplicable a la relación. Y sólo se va a plantear, en la práctica, "en supuestos de inadaptación que conllevan la aplicación de varias normas de conflicto y, a su través, de varios derechos materiales" (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Así por ejemplo lo que en el derecho de un Estado puede ser calificado como régimen de bienes en el matrimonio, en otro puede resultar incluido dentro de la categoría sucesión. Estas situaciones deberán resolverse conforme a las técnicas y los criterios de adaptación o armonización del ordenamiento jurídico del juez.

2. Conflicto internacional transitorio

226. El conflicto internacional transitorio es el problema que surge de la modificación del derecho material extranjero designado por la norma de conflicto (interna o internacional) del foro. Se han planteado dos soluciones posibles: recurrir a las reglas sobre derecho transitorio del orden jurídico remitido, respetando así el "principio de integridad" del derecho material extranjero, o a las del foro. Esta última posibilidad ha sido criticada porque implica una desnaturalización del orden jurídico extranje-

ro, por lo que predomina la primera vía propuesta (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, Pérez Vera).

3. Reenvío

227. Cuando la norma de conflicto nos remite a un determinado derecho a través del punto de conexión, ¿refiere a todo el orden jurídico de ese Estado, como una unidad (referencia máxima o integral), o sólo a las normas de derecho material interno del Estado remitido, excluyendo sus normas de derecho internacional privado (referencia mínima)? Cuando la norma de DIPr establece que la capacidad se regula por la ley del domicilio, o que el matrimonio se regula por la ley del lugar de su celebración, o que la sucesión se rige por la ley de situación de los bienes al tiempo del fallecimiento del causante, ¿está haciendo referencia a todo el orden jurídico del Estado donde se realiza el punto de conexión (donde se domicilia la persona, donde se celebró el matrimonio, etc.), o sólo al derecho material interno de ese ordenamiento jurídico?

228. Si la referencia es máxima o global puede darse el reenvío, en cambio si la referencia es mínima no, porque no se darían las condiciones constitutivas del mismo (Alfonsín): como supuesto básico del reenvío, debe interpretarse que la norma de conflicto remite a todo el orden jurídico del Estado donde se realiza el punto de conexión, o disponerlo así el legislador en una norma expresa. En general la norma de conflicto no aclara si se remite a todo el orden jurídico o sólo a las normas internas: dice "ley del domicilio", "ley del lugar de celebración", "ley del lugar de cumplimiento", "ley del lugar de situación de los bienes", por lo que habitualmente, y siempre que no exista una norma de alcance general o especial que dilucide el punto, se trata de un problema de interpretación. O sea que cuando no existe tal norma, la solución dependerá de la doctrina y de la jurisprudencia.

En segundo lugar, el orden jurídico remitido debe tener normas de DIPr sobre la materia de que se trata, porque sino no se puede materialmente configurar el reenvío. Y la tercera condición consiste en que las normas de DIPr del Estado remitido sean diferentes a las del remitente.

Ejemplo: si la norma de conflicto uruguaya regula la capacidad por la ley del domicilio y el individuo está domiciliado en Inglaterra, e Inglaterra también adopta la conexión domiciliar para regular la capacidad, aunque la referencia sea máxima, y aunque encontremos normas de conflicto nacionales sobre esa categoría en el ordenamiento jurídico inglés, no se produce el reenvío. Por el contrario, supongamos que se tratara de determinar la capacidad de un uruguayo domiciliado en Francia, y el juez uruguayo entendiera que la referencia del art. 2393 del CC es máxima, y consultara la norma de DIPr del ordenamiento jurídico francés. Esa norma de DIPr del ordenamiento jurídico francés dice que la capacidad se regula por la ley de la nacionalidad, que en el caso es la uruguaya; entonces lo reenvía a su propio ordenamiento jurídico. Se trata aquí de lo que se llama reenvío de primer grado o retorno.

La hipótesis del reenvío de segundo grado sería la del individuo que debe acreditar su capacidad en un juicio que se está siguiendo por una cuestión principal en Uruguay, está domiciliado en Francia y tiene nacionalidad española. En ese caso, el juez uruguayo consulta su norma de conflicto que le dice: "la capacidad se rige por la ley del domicilio". Si el juez uruguayo entendiera que la referencia es máxima, dado que el individuo está domiciliado en Francia, consulta la norma de DIPr francesa, que establece que la capacidad se rige por la ley de la nacionalidad, remitiéndolo así a su vez a la ley española. Se produce un reenvío de segundo grado, ya que la norma de DIPr francesa, remitida por la norma de DIPr uruguaya, lo manda a un tercer ordenamiento jurídico, el español. Ante la posibilidad de que se produzcan situaciones de reenvío sin fin, se haría necesario contar con un criterio que permita establecer un corte en un lugar concreto a efectos de poder determinar el derecho material aplicable.

229. Desde el punto de vista lógico, que es el punto del que parte el análisis teórico de este problema, el reenvío es un absurdo, porque cuando el legislador opta por un determinado ordenamiento jurídico como más adecuado para regular una relación jurídica, es porque entiende que es el derecho material interno de ese ordenamiento el que está mejor situado para regular la relación: el ordenamiento jurídico del Estado donde el individuo tiene su domicilio, el más adecuado para regular su capacidad, el derecho del lugar donde se celebra el matrimonio, para

regular su validez, porque es el más fácil de cumplir y porque además hay una política legislativa detrás que tiende a favorecer la validez del matrimonio. Buena parte de las convenciones internacionales que regulan el derecho aplicable excluyen expresamente cualquier tipo de reenvío. Asimismo, el reenvío queda siempre descartado cuando el derecho es elegido por las partes, ya que éstas se refieren en su elección a un derecho material concreto y no tendría ningún sentido desvirtuar esa operación volitiva con este complejo mecanismo de incierto resultado.

Pero desde un punto de vista práctico, que es el enfoque de los jueces, la situación es distinta, por varias razones (Herbert). En primer lugar, porque aceptar el reenvío supone para el juez aplicar el derecho propio, con todas las ventajas que ello conlleva. En muchos casos, su aplicación significará vaciar de sentido el método de atribución, por constituir un mero expediente para terminar aplicando el propio derecho. Pero en otros casos puede permitir que se eviten desarmonías y resultados injustos en el funcionamiento del sistema de conflicto, flexibilizando la aplicación rígida del sistema. Un ejemplo lo constituye el famoso caso Caraslanis: un matrimonio griego ortodoxo se casa en Francia conforme el rito ortodoxo griego, y no de acuerdo al derecho material interno francés. Ese matrimonio surte efectos en Francia y en Grecia, porque las normas de DIPr del orden jurídico griego admiten esa solución; y el derecho francés también porque regula la validez de los matrimonios por la ley de la nacionalidad de los contrayentes, que en este caso era la griega.

Ahora bien, si un matrimonio celebrado hace treinta años en esas condiciones, que siempre ha sido considerado válido, del cual han nacido hijos, se quisiera hacer valer en Uruguay, el juez uruguayo consulta su norma de conflicto aplicable (el art. 2395 CC), que establece que la validez del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración. Si la referencia es mínima, el juez debe consultar el derecho sustantivo francés para controlar si se cumplieron los requisitos para la validez del matrimonio que exige el derecho interno francés. Al constatar que éstos no se cumplieron, ya que el matrimonio se celebró conforme el rito ortodoxo griego, no va a tener más remedio que concluir que ese matrimonio, que hace treinta años que es considerado válido en Francia y en Grecia, es nulo porque no cumplió con los requisitos del derecho material interno del lugar de celebración, único competente para regular la

categoría, según su norma de conflicto, si se interpreta que la referencia de dicha norma es mínima.

Esa solución implicaría ser "más realistas que el rey" (Herbert), ya que estaríamos negando validez a un matrimonio, en virtud de que no ha cumplido con los requisitos materiales del derecho interno del lugar de celebración (competente según nuestra norma de conflicto), cuando conforme al DIPr de ese mismo ordenamiento jurídico (el del Estado de la celebración), ese matrimonio resulta válido. Se produciría así una desarmonía, un resultado que no sería el querido ni por el legislador uruguayo, ni por el francés, ni por el griego. En cambio si la referencia es máxima, dado que se trata de una relación jurídica extranacional, el juez uruguayo consulta el DIPr francés y comprueba que considera válidos los matrimonios celebrados conforme las normas del Estado de la nacionalidad de los contrayentes, constatado lo cual reconoce validez y efectos a ese matrimonio en Uruguay. Negarle validez a dicho matrimonio en base a un argumento formal como es la referencia mínima, contravendría el espíritu de la propia norma de conflicto del juez y la política legislativa en la cual se basó el legislador uruguayo al adoptar la solución referida, que fue lograr la validez del mayor número posible de matrimonios, darle la mayor continuidad jurídica posible a esta relación. El ejemplo muestra cómo en algunos casos puede ser un mecanismo muy útil en manos del juez a los efectos de evitar un resultado injusto, no querido por el legislador. Así se explica su incorporación en modernas codificaciones como la venezolana (Parra-Aranguren, Maekelt).

230. En la Convención interamericana sobre normas generales, donde se regulan todas estas cuestiones de la teoría general del DIPr, no se hace ninguna referencia al reenvío, y esto no fue por cierto negligencia de los codificadores, sino porque no hubo acuerdo acerca de admitirlo o negarlo en términos generales. No se llegó a una solución unívoca con respecto a este tema y simplemente no se reguló. La consecuencia de la no regulación a texto expreso y genérica del reenvío es que el punto queda librado a la interpretación del juez en cada caso, salvo que exista disposición específica expresa, como por ejemplo en el art. 17 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 y en el art. 2 del Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre responsabi-

lidad civil emergente de accidentes de tránsito y de su gemelo mercosureño de San Luis de 1996 (negándolo) y del art. 6.3 de la Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1956 (admitiéndolo). Nótese que la exclusión del reenvío en estos casos es a los solos efectos de la respectiva Convención, no siendo posible extender la prohibición con carácter general. Queda así en manos del juez un mecanismo que le brinda la posibilidad de corregir posibles distorsiones en el funcionamiento del sistema de conflicto, aunque debe remarcarse que constituye una vía excepcional, a la que se podría recurrir para subsanar desarmonías y teniendo en cuenta las políticas legislativas que subyacen a las normas y la justicia sustantiva en el caso (interpretación teleológica).

231. Este problema se plantea no sólo en los países del derecho civil sino también en los del *common law*. En los Estados Unidos el primer *Restatement of Conflict of Laws* recoge la posición doctrinaria mayoritaria contraria al reenvío y lo prohíbe, aunque con algunas excepciones. En el segundo *Restatement* se flexibiliza la solución (§. 8). Parece interesante señalar aquí que institutos como la calificación, el reenvío, el orden público, etc., habilitan al juez a subsanar las críticas fundamentales que le hace la doctrina estadounidense al sistema conflictualista *savignyano*: que su aplicación mecánica impide realizar las políticas subyacentes a las normas (Currie) y alcanzar un resultado justo en el caso concreto (Cavers). Es precisamente a través de esos mecanismos que le brinda el propio sistema clásico que el juez podrá flexibilizar teleológicamente el sistema cuando éste así lo requiera (Dolinger). En esto consiste la misión esencial del juez, que debe llevar la norma general, abstracta y apriorística al caso concreto; en la forma más adecuada, conforme a la intención del legislador y realizando a la vez el valor certeza y el valor justicia (formal y sustancial). Y esto debe ser necesariamente así, porque el legislador, por la propia naturaleza de su tarea, la realiza sin tener en cuenta el caso concreto.

4. Conflicto móvil

232. Este problema se plantea cuando el punto de conexión es de realización variable (ej.: domicilio) y no fija (ej.: lugar de situación de un in-

mueble). Al respecto pueden darse tres hipótesis (Alfonsín): a) que la propia norma especifique un momento determinado a ser tenido en cuenta (ej.: el domicilio matrimonial al tiempo del nacimiento del hijo, respecto a la filiación legítima del hijo –art. 21 del TMDCI de 1940–, o el primer domicilio matrimonial, respecto al régimen de bienes en el matrimonio –art. 16 del TMDCI de 1940–); b) que la norma aproveche la variabilidad del punto de conexión para hacer variar con él el derecho aplicable, en base a determinada política legislativa (ej.: domicilio conyugal, respecto a las relaciones personales entre los cónyuges –art. 14 del TMDCI de 1940–); c) si la norma no dice nada, se recurre a los medios legales generales de interpretación e integración, aunque respetando la regla general que establece que en principio la norma refiere a la circunstancia actual, entendiéndose por tal la contemporánea con el hecho o acto que está en consideración (ej.: el domicilio al tiempo de celebrar la compraventa, si se trata de determinar si la persona era o no capaz para prestar el consentimiento).

233. El principal problema que plantean estos conflictos entre órdenes jurídicos distintos y alternativamente aplicables según cambien el lugar y el momento de realización del punto de conexión, es la supervivencia o no de los derechos adquiridos bajo un orden jurídico, al pasar la relación jurídica a regularse por otro orden jurídico. Su solución varía según lo que disponga en cada caso la norma correspondiente. A veces, la solución es negativa; así por ejemplo, el art. 12 del TMDCI de 1889 establece que los derechos y las obligaciones personales de los cónyuges se rigen por las leyes del domicilio matrimonial pero se extinguen al cambiar el mismo, y pasan a regirse por el derecho del nuevo domicilio. Otras veces es positiva; así por ejemplo, conforme al art. 2 del TMDCI de 1889 los derechos adquiridos por personas capaces según la ley de su domicilio, no se alteran al pasar a un domicilio donde la persona no es capaz. Otras veces subsisten sólo ciertos derechos, y sometidos a ciertas condiciones. Así sucede con los arts. 30 y 31 del TMDCI de 1889, que establecen que los derechos reales sobre bienes muebles adquiridos regularmente según la *lex rei sitae*, no son afectados por el cambio de situación del bien, siempre que se llenen los requisitos de forma y fondo exigidos por la ley de la nueva situación. Al mis-

mo tiempo, los derechos adquiridos por terceros según esta nueva ley, priman sobre los del primer adquirente, si lo fueron antes de que éste llenara los nuevos requisitos.

Esto no es casual sino que responde a determinadas razones de política legislativa, siendo a veces el legislador el que opta *a priori*, y otras es el intérprete el que debe determinar dónde y cuándo se realizó el punto de conexión (esto es, dónde y cuándo se llevaron a cabo los hechos descriptos en el punto de conexión). Por ejemplo, con relación a las consecuencias patrimoniales y personales del matrimonio, el legislador en el TMDCI de 1940 tuvo en cuenta la protección de la mujer –considerada la parte más débil en el matrimonio– a través de la elección de un punto de conexión cuyo lugar de realización (y en consecuencia el derecho aplicable) no podía ser modificado por el marido en su perjuicio (primer domicilio matrimonial). En cambio respecto a las relaciones personales entre los cónyuges, al optar por el punto de conexión "domicilio matrimonial", que es de realización variable, el legislador quiso que dichas relaciones estuvieran reguladas por el orden jurídico del Estado donde, en el momento de plantearse el problema en cuestión, estuvieren domiciliados los cónyuges. La solución de los Tratados de Montevideo de derecho civil (arts. 16 y 17 del Tratado de 1889 y arts. 20 y 21 del de 1940) con respecto a la filiación legítima es que todo lo referente a la condición validez del matrimonio, se rige por la ley del lugar de celebración del mismo, en tanto que todos los demás elementos que hacen a la filiación legítima, se rigen por la ley del domicilio matrimonial al tiempo del nacimiento del hijo. El legislador le dio fijeza de antemano al punto de conexión "domicilio conyugal" al tiempo del nacimiento del hijo; la razón de política legislativa es que el hijo no deje de ser legítimo por el hecho de que los padres cambien de domicilio.

La fijeza también puede lograrse mediante el sistema de los derechos adquiridos; por ejemplo la persona adquiere su capacidad al amparo del orden jurídico donde está domiciliada hoy, pero si mañana muda su domicilio a otro Estado cuyo orden jurídico no lo considera capaz, en virtud del criterio de los derechos adquiridos se entiende que no pierde esos derechos, esa capacidad que ha adquirido válidamente conforme al orden jurídico fundante.

5. Fraude a la ley

234. La norma de conflicto nos remite a un derecho material nacional aplicable, que puede ser el del Estado del juez, o un derecho extranjero, según dónde se realice el punto de conexión. Frente a ese mecanismo normal del funcionamiento del método de localización, hay supuestos en los cuales el resultado mencionado no debe producirse porque, en realidad, el punto de conexión ha sido alterado de modo artificioso con el fin de evitar la aplicación de normas imperativas. Para que esto suceda, la realización del punto de conexión debe depender de la voluntad de las partes (Alfonsín). Ese es el supuesto básico, ya que para que haya fraude a la ley debe haber una maniobra artificiosa sobre el punto de conexión por parte de uno de los interesados. Un ejemplo de punto de conexión de realización voluntaria es el domicilio, y de realización fija el lugar de situación de un bien inmueble. Para que haya fraude a la ley, el punto de conexión debe realizarse efectivamente; este elemento lo distingue del mero fraude. En el mero fraude el punto de conexión no se realiza, sino que se simula, se aparenta su realización. En ese caso correspondería entablar una acción de simulación, y no interponer la excepción de fraude a la ley. En el fraude a la ley el punto de conexión se realiza efectivamente (o sea las partes mudan su domicilio a ese otro Estado cuya ley quieren que se aplique) pero se realiza de manera no espontánea, sino mediante maniobras artificiosas de los interesados (Alfonsín / Goldschmidt).

El legislador de la norma de conflicto "describe en el punto de conexión una situación objetiva y real", que debe ser realizada espontáneamente, y "no artificialmente aparentada por las partes al solo fin de conseguir la aplicación del derecho querido por ellas, escapando a la imposición del derecho querido por el legislador". Por eso sólo cabe el fraude a la ley cuando las partes no pueden elegir libremente el derecho aplicable (Boggiano). La condición de realización espontánea del punto de conexión –*ex bona fide*– está en el espíritu de toda norma de DIPr. Así, cuando la norma dice "domicilio" se refiere al de buena fe, espontáneo y real, no al adquirido artificiosamente para evadir la ley aplicable. En este último caso, el juez debe recurrir a la excepción de fraude a la ley para corregir la mala aplicación de la norma de conflicto (Alfon-

sín, Herbert). Es decir que la sanción del fraude a la ley consiste en aplicar la misma ley que se ha querido evitar.

235. El interesado debe tener la intención de "eludir la ley del Estado que, si no mediara su maniobra, habría regulado la relación, y de aprovechar a la vez las ventajas que le ofrece la ley de otro Estado". Este elemento subjetivo "nada tiene que ver con la finalidad moral o inmoral del interesado, ni con su perjuicio o beneficio económico; sólo tiene que ver con su interés de que la relación se regule como él lo desea" (Alfonsín). El supuesto del fraude a la ley es la "utilización del mecanismo conflictual para lograr un resultado que, de otra manera, normalmente no sería posible" (Pereznieto Castro). Se ha dicho muy gráficamente que "el fraude a la ley aplicable puede caracterizarse como el intento de los interesados de vivir en un país con la legislación de otro, la cual les permite lo que aquél les prohíbe" (Goldschmidt).

Ahora bien, en la medida en que el individuo resuelva mudar efectiva y espontáneamente su domicilio porque no desea seguir viviendo en un Estado cuyo orden jurídico no le permite adquirir la capacidad civil a los 20 años, o divorciarse, por ejemplo, no se produce la tergiversación referida. O sea que si una persona decide mudar su domicilio a un Estado cuyo ordenamiento jurídico le otorgue beneficios más acordes con sus intereses (por ejemplo, adquirir capacidad a los 18 años para poder desarrollar por sí mismo su actividad; contratar; casarse o divorciarse), y se radica efectiva y espontáneamente en ese Estado, pasando a integrar esa nueva sociedad y abandonando la anterior, el punto de conexión domicilio se realizará en ese nuevo Estado, conforme la letra y el espíritu de la norma de conflicto, y no se configurará allí la hipótesis de fraude a la ley.

La excepción de fraude a la ley, al igual que la excepción de orden público internacional, debe ser apreciada en cada caso concreto por el aplicador del derecho; no existen ni pueden existir listados de hipótesis de fraude a la ley, así como no los puede haber con respecto a los principios de orden público internacional. Lo que sí existen son criterios que se van perfilando por la jurisprudencia para determinar en cada caso concreto si se configura el fraude a la ley o si se contravienen principios fundamentales del orden público internacional de determinado Estado.

Tan es esto así, que el fraude a la ley se desarrolló históricamente en base a *"leading cases"* en materia de matrimonio y divorcio. Pero, a diferencia de lo que sucede con el orden público internacional que puede apreciarse de manera objetiva, el fraude a la ley suele necesitar la difícil prueba de la voluntad fraudulenta, cuestión subjetiva para cuya detección se dependerá en muchos casos de meros indicios.

6. Remisión a un ordenamiento plurilegislativo

236. Corresponde analizar aquí el problema que se le plantea al juez para determinar el derecho material remitido por su norma de conflicto aplicable a la relación, cuando en el Estado donde se realiza el punto de conexión coexisten diversos derechos materiales, cuya vigencia está limitada a determinada circunscripción territorial, o a determinado grupo de personas. En estos casos, ¿cuál es el derecho material aplicable cuando el ordenamiento jurídico del Estado remitido es plurilegislativo, ya sea con base territorial o personal? Esta situación se produce habitualmente en los Estados federales, pero también a veces en los unitarios, debido a razones históricas o sociales, y provoca lo que en doctrina se ha llamado conflicto de leyes interno, interlocal, o interterritorial, o reenvío interno, o reenvío interlocal. El conflicto de leyes interno o interlocal es el que se plantea dentro del territorio, y por consiguiente del ordenamiento jurídico, del Estado remitido por la norma de conflicto del foro. El reenvío interno o interlocal se plantea cuando, luego que la norma de DIPr "envió" la regulación de la relación al Estado competente, la norma de conflicto interlocal de ese Estado la "reenvía" al derecho local competente (Alfonsín).

237. La doctrina clásica ha sostenido que la función de la norma de conflicto del juez culmina con la identificación del derecho –como orden jurídico global– del Estado remitido, y consecuentemente, que la solución de los conflictos interlocales que éste pueda generar deben ser resueltos por las respectivas normas de solución de conflictos internos de ese Estado remitido. Esta solución es la adoptada en varias convenciones de la Conferencia de La Haya de DIPr, que establecen que cuando la

norma de conflicto prevista en el Convenio designa un sistema plurilegislativo, deberá aplicarse la ley "determinada por las reglas en vigor en este sistema". El inconveniente de esta propuesta es que en algunos casos el Estado remitido carece de un sistema de normas de conflicto interno, como ocurre por ejemplo en Estados Unidos, donde cada Estado de la Unión tiene su propio sistema de solución de conflicto de leyes interlocales (Pérez Vera).

Otra solución que se ha propuesto es que sea la propia norma de conflicto del foro la que "designe directamente el ordenamiento jurídico extranjero de carácter sectorial"; así por ejemplo, otras convenciones de la Conferencia de La Haya establecen que cuando la norma de conflicto remite a un Estado plurilegislativo, "cada unidad es considerada como un Estado a los fines de la determinación de la ley aplicable según el Convenio". En el mismo sentido, la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) establece en su art. 22 que "cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial", y que "cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado". Por la misma solución se han inclinado otras convenciones interamericanas, como la referida a obligaciones alimentarias (art. 28) y la de restitución internacional de menores (art. 33), ambas aprobadas por la CIDIP IV.

238. Dejando de lado las disquisiciones absolutamente teóricas que ha desarrollado la doctrina, en la práctica podría decirse que cuando se trata de sistemas plurilegislativos de base territorial debe entenderse que el derecho material remitido por la norma de conflicto del foro es el de la circunscripción territorial donde se realiza el punto de conexión: lugar de situación del bien, del domicilio o residencia de la persona, de celebración o cumplimiento del contrato, etc. Supongamos por ejemplo, que el juez uruguayo está entendiendo en una reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, y su norma de conflicto lo remite a la ley del lugar de cumplimiento de ese contrato. Si el punto de conexión se realiza en Nueva York, parece evidente que se aplicará el derecho material de dicho Estado de la Unión, y no el de California o el

de Texas. Claro que esta solución deja de ser válida en aquellos casos en los cuales la remisión al sistema plurilegislativo se hace a partir del punto de conexión "nacionalidad", criterio básico de conexión en algunos sistemas (como sigue siendo en varios sistemas europeos continentales), especialmente en materias de personas y familia, ya que tal criterio conecta con todo el Estado y no con una parte determinada del mismo. Pero, como sabemos, los sistemas de DIPr del MERCOSUR siguen basados en el criterio domiciliar y, mediante la dimensión convencional de los mismos, en la residencia habitual, criterios ambos "punteiformes", en palabras de Werner Goldschmidt.

Cuando el sistema plurilegislativo es de base personal, es decir cuando coexisten en un mismo Estado varios derechos cuya competencia se determina por razones personales de etnia, religión, etc., la determinación del derecho material remitido por la norma de conflicto del foro también puede resultar complicada. La regla fundamental consistiría en recurrir a las normas del Estado remitido. Claro que en estos casos habrá que ver si la solución no contiene una discriminación que pueda considerarse contraria al orden público internacional de la *lex fori*.

7. Cuestión previa

239. El problema de la cuestión previa surge cuando el caso que se le presenta al juez involucra más de una categoría, y la resolución de aquella que constituye el objeto del litigio (cuestión principal) está condicionada por la resolución de otra categoría involucrada en el caso (cuestión previa, preliminar o incidental). Los ejemplos típicos que maneja la doctrina refieren a la sucesión como cuestión principal, y la validez del matrimonio o de la adopción como cuestiones previas. El juez internacionalmente competente para entender en la sucesión, le aplica a esta categoría el derecho material interno del Estado remitido por su correspondiente norma de conflicto. Ahora bien, para resolver la cuestión principal (sucesión), debe determinar previamente si el matrimonio entre el causante y la cónyuge supérstite es o no válido, y si la adopción que había hecho el causante de uno de los supuestos herederos es o no válida. El juez de la principal, ¿resolverá la cuestión previa conforme a

la norma de conflicto de su propio orden jurídico (teoría de la equivalencia), o conforme a la norma de conflicto del orden jurídico del Estado remitido por la norma de conflicto aplicable a la cuestión principal (teoría de la jerarquización)?

La mayoría de la doctrina (Alfonsín, Goldschmidt, Kegel, Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, Pérez Vera, Pereznieto Castro) se inclinan por la teoría de la equivalencia, es decir por la calificación normal de la cuestión previa. Conforme esta teoría, el juez que entiende en la cuestión principal (sucesión en el ejemplo) va a aplicar a la cuestión previa (validez del matrimonio o validez de la adopción) la norma de conflicto correspondiente de su propio sistema de DIPr; en otras palabras, va a calificar la cuestión previa en la categoría que le corresponda dentro del cuadro de categorías que le brinda su propio sistema de DIPr. Esa norma de conflicto a su vez lo remitirá al derecho material interno del Estado en cuyo territorio se realice el respectivo punto de conexión. El argumento más sólido a favor de esta tesis es que una misma relación jurídica (adopción, matrimonio, en el ejemplo dado) no puede ser regulada por un derecho material interno o por otro según se presente como cuestión incidental de una u otra cuestión principal, o como relación independiente. En el ejemplo de la validez del matrimonio, ella nunca se regularía por la ley del lugar de la celebración, como establece por ejemplo la norma de conflicto de ambos TMDCI, pues nunca interesa en sí mismo sino como condición de tales o cuales efectos. El mismo matrimonio sería válido o nulo según los casos, lo cual se opone a la unidad del régimen y a la seguridad internacional de las relaciones extranacionales (Alfonsín).

A favor de la teoría de la jerarquización, que implica la calificación contingente de la cuestión previa se aduce que sometiendo la cuestión principal y la incidental al mismo sistema de DIPr, se elimina el riesgo de inadaptación. El precio es, sin embargo, inadmisible (Alfonsín). Tanto la cuestión principal como la previa (sucesión, y matrimonio o adopción en el ejemplo) son actos jurídicos independientes, fundados en órdenes jurídicos distintos (es decir, cada acto se celebró conforme a la ley respectiva), y hacer prevalecer al de la cuestión principal sobre la o las cuestiones previas que se presenten en el caso atentaría contra los principios de certeza y seguridad jurídica (Pereznieto Castro). Además, la norma de conflicto

del sistema de DIPr aplicable a la cuestión principal, que conforme a esta teoría resultara aplicable a la cuestión incidental, podría a su vez remitir la regulación efectiva de esta última a un derecho material distinto al que regula la cuestión principal y que no armonice con éste (Alfonsín).

Por otra parte, si bien el juez debe aplicar el derecho extranjero tal como lo haría el juez del Estado al que pertenece la norma, este mandato se limita al "marco del tipo legal", es decir, a la categoría que es objeto de la cuestión principal (la sucesión en el ejemplo), pero no a las cuestiones previas a ésta (Goldschmidt). Con respecto a estas últimas, el mandato que debe cumplir el juez es aplicar la norma de conflicto de su sistema de DIPr que corresponda en virtud de la calificación de la relación jurídica, conforme a las reglas que para calificar le impone su propio orden jurídico, y consecuentemente el derecho material interno a que lo remita dicha norma de conflicto. Y entonces deberá regular la cuestión previa tal como lo haría el juez del Estado cuyo derecho material resulte competente para regular la cuestión previa.

240. No obstante todo lo anterior, resolver el problema de la cuestión previa de forma rígida y mecánica, es decir, optando *a priori* a favor de la teoría de la equivalencia en forma preceptiva, podría llevar a soluciones injustas, no acordes con la *ratio legis* de ninguno de los ordenamientos involucrados. Por tanto, si bien desde un punto de vista lógico-jurídico la teoría de la equivalencia resulta la más correcta, desde el punto de vista práctico del juez, que debe velar por la realización no sólo del valor certeza sino también del valor justicia, y esto último no limitándose a la justicia formal sino también a la sustantiva en el caso concreto, parece más adecuado dejar librado a su discrecionalidad fundada, enmarcada en ciertos criterios establecidos por el legislador, el recurrir a una u otra teoría, teniendo en consideración los aspectos particulares involucrados en cada caso. En otras palabras, la teoría de la cuestión previa, "(...) como mecanismo de escape a la rigidez de la norma de conflicto, puede ser útil en determinados supuestos" (Pérez Vera). Esta ha sido precisamente la solución adoptada por la CIDIP de normas generales (art. 8).

Claro está que como advierte Goldschmidt el problema de la cuestión previa se limita al caso en que la o las cuestiones previas sean problemas todavía no resueltos por ninguna autoridad legítima y competente. Así

por ejemplo, si el juez uruguayo tuviera que evaluar la validez de un matrimonio celebrado en Brasil, entre contrayentes que al momento de dicha celebración eran de estado civil divorciados de sus respectivos matrimonios anteriores. El reconocimiento de esas sentencias de divorcio, que ya fueron reconocidas por la autoridad brasileña que celebró válidamente el matrimonio, no constituye una cuestión previa; el juez uruguayo deberá reconocerla, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello.

8. Orden público "internacional"

241. El orden público internacional opera, en el ámbito del método de localización, como una excepción a la aplicación del derecho extranjero que resulta competente en virtud de la norma indirecta del juez. Concretamente, opera una vez identificado el derecho material remitido por la norma indirecta, a los efectos de controlar si los contenidos y las consecuencias de la ley material aplicable son conciliables con los principios fundamentales del ordenamiento del Estado del juez. Quiere decir que se trata de un control *a posteriori* que funciona cuando ya está determinada cuál es la ley aplicable a la relación jurídica concreta de que se trata, como una barrera para rechazar aquellos aspectos o efectos del derecho extranjero inconciliables con el orden jurídico del juez. Pero esto es sólo una excepción al normal funcionamiento del sistema de conflicto; la comunidad internacional ha avanzado lo suficiente como para no identificar soberanía con orden público. Soberanía no es igual a orden público, pero éste aparece como un atributo de la soberanía, como un lenguaje de la soberanía, la cual en un determinado momento necesita expresarse frente a lo que se considera la afectación de principios fundamentales, vertebrales del Estado afectado (Opertti).

242. El orden público no se construye por un acto formal; es un concepto que debe ser percibido en la etapa de la aplicación del derecho extranjero por el juez, en forma pragmática, y no en la etapa legislativa, y ésa es una diferencia fundamental con las normas de policía. El orden público tiene elementos propios de la política, porque nace de la sociedad y luego se expresa institucionalmente y adquiere la forma de una inter-

pretación de alcance para el caso particular y concreto. Esto permite sustentar que el orden público no supone un ejercicio discrecional o arbitrario de la facultad de oponerse a la aplicación del derecho extranjero; es un acto responsable y de la mayor trascendencia, porque implica negar el funcionamiento de una norma indirecta cuando ésta da por resultado la aplicación de un derecho extranjero que se considera lesivo de los principios fundamentales del orden público internacional de ese Estado. Cada juez, en cada caso concreto, es responsable de ponderar si existe o no afectación de su orden público internacional, y ese acto recae en esa actuación determinada; no puede ser susceptible de una orientación global del tribunal superior del Estado (aunque sí de una orientación concreta en casos idénticos). Esto marca el carácter eminentemente jurisprudencial del orden público, y por lo tanto su flexibilidad (Opertti).

El orden público internacional tiene por función la de defender los valores del derecho propio contra soluciones fundadas en el derecho extranjero que resulta aplicable en virtud de las normas de DIPr, pero funciona sólo como un mecanismo de excepción, que permite equilibrar el conflicto entre la cohesión interna del sistema del juez y la armonía internacional. Debe necesariamente existir cierta armonía entre los principios esenciales de un cierto orden jurídico y las regulaciones internacionales (Herbert, Opertti) y quizás la mejor demostración de ello está en que la excepción de orden público internacional funciona no solamente en el DIPr de fuente interna, sino también en los tratados. Si el orden público fuera un elemento de contradicción con el derecho internacional y su normal funcionamiento, es obvio que los tratados no lo consagrarían porque sería un ejercicio en cierto modo absurdo, por un lado establecer una serie de reglas para regular el tema de la jurisdicción y de la ley aplicable y luego poner esa cláusula de escape de que "las normas de la presente convención no serán aplicadas cuando sean manifiestamente contrarias al orden público". Sin embrago, esa cláusula se incluye en todas las convenciones y éstas siguen funcionando, y se siguen ratificando. Es decir que el orden público no es una enfermedad que afecte gravemente al derecho internacional, sino que es un remedio corrector para aquellas situaciones límite en las cuales puede estar en juego ese equilibrio o balance entre las características fundamentales de un Estado y las de otro (Opertti).

243. La excepción funciona sólo cuando se contraviene el orden público internacional, constituido por aquellos principios fundamentales que hacen a la esencia y a la individualidad jurídica de un Estado; pueden estar contenidos en normas positivas o no. No basta que el derecho extranjero aplicable contravenga formalmente las normas que desarrollan los principios de orden público; debe contravenir los principios fundamentales en sí mismos. Es muy importante subrayar que no se debe confundir el orden público internacional con el orden público interno. A este último lo conforman todas aquellas normas del orden jurídico del Estado que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes; el primero es mucho más restringido. Así, cuando resulta aplicable, en virtud de una norma indirecta, un derecho material extranjero, las reglas de la *lex fori* quedan descartadas, incluyendo el "círculo" de reglas (y principios) consideradas imperativas o de orden público por el legislador estatal. Sin embargo, ese descarte no alcanza al núcleo que, dentro de ese "círculo" de orden público, contiene los principios (positivizados o no) que en ningún caso pueden ser dejados de lado.

Por ejemplo, la norma interna uruguaya que establece que la capacidad se adquiere a los 18 años (art. 280.2 CC uruguayo, texto dado por el art. 1 Ley N° 16.719 de 11/10/1995) es de orden público interno (las partes no pueden pactar en contrario); pero no impide la aplicación de una norma extranjera que resultare aplicable en el caso en virtud de la norma de conflicto, que fijara esa edad en 17 o en 21 años, ya que ella no contravendría ningún principio fundamental del orden público internacional uruguayo (Alfonsín). Sí se daría esa afectación de principios fundamentales si la norma extranjera regulara la capacidad en base a algún criterio discriminatorio, no objetivo, basado en condiciones de sexo, raza, o religión de las personas. Y esto se debe a que el cotejo que hace el juez cuando se pronuncia sobre el orden público es axiológico y no exclusivamente normativo (Opertti). El concepto de orden público internacional es más restringido que el de orden público interno.

244. A veces la ley extranjera contraria al orden público internacional del juez puede ser el sostén de derechos que no afectan dicho orden público, como por ejemplo la filiación legítima del hijo de un matrimonio polígamico (Alfonsín). En ese caso el juez no puede negarle eficacia a la relación

jurídica filiación legítima, que no afecta sus principios fundamentales, por estar ésta fundada en una norma (la del Estado donde se celebró el matrimonio, que admite la poligamia) contraria a su orden público internacional. Lo que afecta al orden público internacional del juez no es entonces la "ley extranjera" sino su "repercusión en nuestro territorio", y es por eso que el juez deberá examinar no sólo el contenido del derecho extranjero remitido, sino "si su aplicación 'concreta', vale decir, con respecto a las circunstancias particulares de cada relación jurídica extranacional, vulnera o no el orden público local" (Alfonsín). La jurisprudencia de algunos países europeos, en particular Alemania y Suiza, han desarrollado en este sentido el concepto de "vinculación interior" que consiste en exigir una conexión suficiente del caso con el foro para que el juez pueda hacer valer sus principios de orden público internacional (Bucher, Jayme).

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que, en cuanto excepción, la aplicación de los criterios de orden público debe estar sujeta a una interpretación restrictiva. La fórmula habitual en los textos autónomos y convencionales de nuestros días, que hace referencia a la necesidad de una "incompatibilidad manifiesta" entre la ley extranjera y el orden público del foro, así lo demuestra. Pero además de eso es preciso no olvidar que cuestiones que en un determinado contexto histórico son consideradas de indudable orden público, una vez pasado el tiempo y producidos los consiguientes cambios sociales, culturales, políticos y/o económicos, pierden esa condición. Este carácter de actualidad o temporalidad del orden público es fácilmente visible respecto de cuestiones tales como la indisolubilidad del matrimonio, presente como ejemplo típico de principio de orden público internacional en el ordenamiento argentino durante muchos años y hoy desaparecido como tal. También debe tenerse en cuenta que es común ahora aplicar la excepción de orden público internacional de forma parcial. Esto significa que si una parte o una norma concreta del derecho extranjero conectado contraría el orden público del foro, pero el resto no, la actuación de la excepción sólo debe afectar la aplicación de dicha parte o de dicha concreta norma.

245. Una vez que el juez ha rechazado total o parcialmente el derecho extranjero por contrario a su orden público internacional, ¿qué ley aplica? Normalmente, en todos los sistemas lo que hace el juez es apli-

car la *lex fori*, lo cual no quiere decir descartar la norma remitida en su totalidad, porque el juez aplicará su *lex fori* exclusivamente con relación a aquellos aspectos que contravienen sus principios fundamentales. Se han defendido otras opciones: que el juez puede buscar en el orden jurídico extranjero aplicable otra norma que no contravenga su orden público y le dé solución al caso (Goldschmidt), o que debe buscar el derecho más adecuado, pudiendo recurrir incluso a la costumbre o a la *lex mercatoria* para colmar esa insuficiencia. A partir de estas opciones, señala Didier Opertti Badán que el capítulo que se abre con el rechazo del derecho extranjero por razones de orden público no se agota en el problema del orden público, sino que tiene que ver con el tema de las fuentes del derecho internacional, el cual en última instancia pasa a la órbita jurisprudencial, más que legislativa.

9. Imposibilidad de aplicación del derecho material extranjero

246. En algunos casos excepcionales, el juez se enfrenta al problema de la imposibilidad fáctica de aplicar el derecho material extranjero remitido por la norma de conflicto: cuando no existen elementos de prueba e información acerca del mismo, o cuando el derecho material extranjero presenta una laguna con relación a la categoría de que se trata. Se crea entonces una situación particularmente grave, dado el principio ya referido de que "los jueces no pueden dejar de fallar en materia civil, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes" (*iura novit curia*).

La doctrina ha planteado distintas soluciones: la más frecuente de ellas –aunque no por eso adecuada– es la aplicación de la *lex fori*. Zajtay sostiene que sin ser perfecta, la aplicación subsidiaria de la *lex fori* es la solución más práctica, y que su principal ventaja es asegurar un procedimiento uniforme y previsible para los casos en que el derecho extranjero competente no puede ser establecido. A su vez el defecto es que no tiene en cuenta el mandato de la norma de conflicto; este defecto no obstante es común a todas las demás alternativas que se verán a continuación.

También se ha planteado en el derecho comparado la posibilidad del rechazo de la demanda por falta de prueba del derecho extranjero aplicable, lo cual es criticable porque constituye una denegación de justicia, como re-

solvió el Tribunal Constitucional español en enero de 2000. Además, formalmente, la aplicación del derecho extranjero surge en un momento procesal posterior al que corresponde para rechazar la demanda (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo).

Otra opción manejada ha sido la aplicación de otro derecho extranjero, considerado como semejante al que resulta aplicable. Esta tampoco constituye una solución satisfactoria, porque corre el riesgo de ser arbitraria, toda vez que la determinación de la semejanza es difícilmente objetivable; además, aunque parecidos, es difícil que se trate de derechos idénticos. Otra variante ha sido recurrir a "los principios jurídicos comunes a los pueblos civilizados"; si bien éstos pueden constituir una guía para el juez en cuestiones generales, no serán de gran ayuda frente a cuestiones de detalle (Zajtay). Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo citan el caso de "las concesiones petrolíferas de Abu Dhabi Oil", en que el árbitro Lord Asquith of Bishopstone, frente a la laguna del derecho saudita en la materia, aplicó los "principios enraizados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de naciones civilizadas, una especie de derecho natural moderno", y se preguntan acertadamente por su operatividad en el ámbito judicial, ya que el juez estatal, a diferencia del árbitro, "está constreñido por su propio sistema nacional".

V. Técnicas de reglamentación directas

1. Las normas materiales en el DIPr

247. Ya hemos señalado que una de las tendencias básicas del DIPr postmoderno identificadas por Erik Jayme en su Curso General en la Academia de La Haya (1995) sería la materialización de las reglas de conflicto. Después de la llamada "revolución americana", movimiento doctrinario y jurisprudencial ocurrido en Estados Unidos en la década de 1960 que repensó el método y la idea de justicia en el DIPr, las reglas de conflicto de leyes habían superado su automatismo y simple posición instrumental de indicación de una ley material para resolver "directamente" el conflicto, pasando ahora a interesarse por la solución concreta o directa del caso.

Ahora el derecho internacional en sí estaría interesado en solucionar, con justicia y equidad concretas, el conflicto y si es posible, solucionarlo directamente. Esta tendencia a la materialización del DIPr no sólo actúa dentro del método de localización (a través de las llamadas normas de conflicto materialmente orientadas), sino que también ha llevado al desarrollo de una serie de técnicas de reglamentación "directas" y a la elevación del número de veces en que la ley nacional del juez es utilizada, incluso directamente. Sería, en otras palabras, la superación de la técnica clásica del DIPr de solución "indirecta" de los conflictos de leyes, esto es, técnica de –solamente– indicación de la ley aplicable al caso concreto, esta ley sí directa, ley interna material, ley nacional de algún país que, con contacto o con suficiente conexión con el caso concreto, traerá la solución "directa" para la cuestión o cuestiones jurídicas propuestas en este caso privado internacional.

Históricamente, se puede afirmar que las técnicas de reglamentación directa estuvieron en el inicio del DIPr pero fueron superadas por la técnica de reglamentación indirecta o método conflictual tradicional, y nuevamente reaparecen como expresión de un nuevo pluralismo de métodos y de la necesidad de encontrar soluciones justas para los casos iusprivatistas internacionales (Jayme). En el siglo XIX, incluso con la fundación de la Conferencia de La Haya de DIPr en 1893 y con los esfuerzos de otros organismos internacionales, una técnica común de reglamentación era la metodología directa consistente en la elaboración de un derecho uniforme especial de origen internacional.

Desde los estudios de Jitta (1890), el derecho internacional distingue entre casos "nacionales", casos "relativamente internacionales" y casos "absolutamente internacionales". Los casos "relativamente internacionales" son situaciones de la vida privada en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos, pero aún localizables o atribuible su solución material a uno de estos ordenamientos jurídicos. Ya los casos "absolutamente internacionales" son casos mixtos en su estructura o con importantes contactos con tantos ordenamientos jurídicos al mismo tiempo, que su localización se torna difícil (Steindorff). En los primeros, el DIPr indica una ley aplicable y "soluciona" satisfactoriamente el conflicto o cuestión jurídica, funcionando así apenas como un derecho "indicativo" (Taintor, Dölle). En los casos denominados "absolutamente internacionales" el

método tradicional del DIPr es colocado a prueba, pues lo que necesita es un derecho "decisivo", hace a la complejidad de las conexiones y del caso el que se necesite una respuesta material, directa, no sólo indicativa del DIPr. Si es cierto que, en la práctica, es difícil distinguir cuándo un caso de DIPr es "absolutamente internacional", cierto también es que los legisladores nacionales responderán al problema elaborando una serie de normas materiales que serán usadas en casos internacionales o de DIPr. Este fenómeno de cambio de método del DIPr quedó conocido en la expresión alemana de "*Sachnormen im IPR*", acuñada por Steindorff (1958), que significa derecho material especial para casos de DIPr, "*nationales Sonderrecht für Auslandsfälle*" (Kropholler).

248. La otra técnica que aquí también debe ser destacada es la identificación de algunas leyes o normas internas, que por su importancia e íntimo contacto con los intereses gubernamentales o de orden público de un país, deben ser seguidas por todos y en todas las relaciones privadas con fuertes contactos en aquel país, esto es, leyes de aplicación inmediata para nacionales y extranjeros y para todas las relaciones privadas, sin necesidad de pasar antes por el método localizador, pues esta propia ley "de aplicación inmediata" o ley de "policía" tiene siempre pretensiones de aplicación genérica y extraterritorial. Como la llamada ley de aplicación inmediata y directa resuelve el conflicto directamente, su aceptación e identificación jerárquica dentro del DIPr es una técnica (cada vez más usada) de "materialización" de las nuevas reglas de conflictos de leyes (Jayme).

Este tercer fenómeno generalmente es conocido por la expresión francesa "*lois d'application inmediate*", popularizada por los estudios de los profesores Francescakis y De Nova ("*norme sostanziali autolimitate*", "*norme di applicazione necesaria*"). La segunda expresión francesa, "*lois de police*" o leyes de policía, también se hizo más conocida que la expresión alemana significativa de leyes obligatorias o imperativas "*zwingende Normen*" (recibida en la doctrina española) y que según algunos debe también ser tratada diferentemente. Se menciona que muchos latinoamericanos incluyen como técnica de reglamentación directa en el DIPr la elaboración de leyes "imperativas" y leyes de orden público internacional, que por su semejanza con el fenómeno aquí analizado serán estudiadas en conjunto en este punto.

El fenómeno de las leyes de aplicación inmediata puede ser distinguido de las normas materiales especiales, pues aquí las normas materiales no son especiales para uso internacional, al contrario, las leyes y normas de aplicación inmediata son justamente las mismas de aplicación interna, una aplicación para todos y para todas las relaciones, al expandir su campo de aplicación (Kropholler). Ya el gran autor alemán Gerahrd Kegel recuerda que en estos dos casos estamos delante de normas materiales sin duda "especiales", normas directas usadas en casos de DIPr, normas que por su formulación especial y por su campo de aplicación ampliado solucionan directamente las cuestiones de una situación de la vida con elementos extranjeros. Ambos fenómenos son excepciones al uso del método conflictual tradicional del DIPr y las normas materiales internas, cuyo campo de aplicación o aplicación a las relaciones de la vida privada sólo es dada justamente por el propio DIPr, que usando el método conflictual las indica aplicables al caso concreto o no (Kegel).

2. Normas materiales especiales

A) Normas materiales uniformes

249. La primera técnica de reglamentación directa de conflictos a ser presentada aquí, la elaboración de un derecho especial material específico para los casos de DIPr, puede ser subdividida en otras dos técnicas. La más conocida sería la técnica de elaboración de normas materiales uniformes para uso en el comercio y en las situaciones de la vida privada internacional, esto es la elaboración de un derecho uniforme especial para casos internacionales (como preconizaba Quintín Alfonsín y, más recientemente, Friedrich K. Juenger), generalmente con origen en las conferencias interestatales o instituciones creadas para la unificación de las leyes. La segunda técnica se desarrolla en el ámbito nacional, cuando el legislador estatal resuelve elaborar normas materiales especiales aplicables a los casos de DIPr o para regular directamente los casos privados con elementos de extranjería o internacionales.

250. La técnica más común y más consolidada de reglamentación directa de casos de DIPr es la elaboración de un derecho uniforme o reglas

uniformes materiales de origen internacional o supranacional, a través de instituciones a las que los Estados envían representantes o plenipotenciarios los cuales negocian y acuerdan reglas uniformes para determinados temas puntuales, como fueron las famosas Convenciones uniformes de Ginebra sobre papeles de comercio, o más recientemente las elaboradas por la UNCITRAL (como la conocidísima Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías) o el UNIDROIT.

Históricamente, la génesis del DIPr puede estar íntimamente ligada a esta técnica de reglamentación directa. Se considera que ya los romanos, que trataban constantemente en su imperio con extranjeros (existían ya familias multiculturales), siendo habituales los contactos comerciales entre países y personas de diferentes partes del Imperio, conocieron un derecho material especial para casos con elementos internacionales, o *jus gentium*. Esta mezcla de derecho civil romano (elemento civilizador o elemento de justicia) con derecho bárbaro o derecho de los peregrinos, de los extranjeros, de los no-romanos (elemento de tolerancia y elemento pacificador de los conflictos) era un derecho material especial para los casos entre extranjeros o entre extranjeros y ciudadanos romanos.

En el caso del *jus gentium* se trataba de un método de reglamentación directo caracterizado por la fuerza de un imperio y la superioridad "civilizadora" de la cultura y del derecho romano de la época. Hoy lo más próximo que conocemos desde este *jus gentium* son las convenciones internacionales que determinan derecho material uniforme, pero el gran problema actual del derecho uniforme es justamente el de la legitimación. En ausencia de un consenso realmente internacional, las normas de las convenciones y los tratados derivan de largas y desgastantes negociaciones entre los representantes de los Estados. A veces, esfuerzos de años pueden ser arruinados por el número reducido de países que está dispuesto a ratificar e incorporar tales convenciones internacionales, que establecen un derecho material uniforme para una situación internacional. El segundo problema es el de los límites materiales que tiene la elaboración de este derecho uniforme, ya que generalmente está reducido a cuestiones eminentemente comerciales y pragmáticas, siendo mucho más complicado el acuerdo en cuestiones relativas a la persona y la familia.

Pero ni siquiera en el ámbito contractual y de las demás materias relativas al comercio internacional se ha conseguido una unificación ma-

terial total. Lo que se ha hecho hasta hoy es elaborar convenciones puntuales sobre temas menos polémicos, que ya estén de cierta forma "aproximados" por la pujanza del comercio global actual y por la *lex mercatoria*, desarrollada justamente para facilitar los cambios comerciales y evitar que las diferentes interpretaciones perjudiquen o impidan el comercio internacional. La técnica actual abarca también la elaboración de textos internacionales presentando solamente caminos, principios comunes o conductas éticas mínimas, sin el carácter vinculante tan estricto de las convenciones internacionales. Este *soft law* de origen internacional es cada vez más importante y los principios generalmente son "materiales", a pesar de ser su aplicación, en la práctica, más flexible y en este sentido más "legitimada" y aceptable para solucionar casos internacionales. Así, además de las leyes modelos que elaboran algunas organizaciones internacionales, hemos podido ver cómo el UNIDROIT ha elaborado una especie de *Restatement* internacional con sus Principios sobre los contratos comerciales internacionales.

La única fuente internacional que podría ser "legitimada" actualmente para elaborar normas uniformes materiales, lo mismo en temas polémicos como las obligaciones o los delitos internacionales, serían las organizaciones creadas para la integración económica, como la Unión Europea y, parcialmente, el MERCOSUR. En el caso de la UE, la legitimación para elaborar estas leyes materiales uniformes a ser utilizadas en los casos internacionales deriva de la supranacionalidad de este organismo de integración. Hasta ahora la UE ha legislado muchísimo en el ámbito del derecho privado, influenciando enormemente el derecho privado de los países miembros. Ahora bien, el derecho "común" europeo es común, pero no siempre imperativamente uniforme, y muchas veces, derecho mínimo, básico, derecho puntual, que es subsidiario y material en puntos de gran interés de la UE. La doctrina ha recurrido recientemente a la idea del "*ius commune*" europeo (haciendo referencia a las reglas comunes existentes en todo el ámbito europeo hace varios siglos, en un marco muy diferente al actual) para justificar sus esfuerzos de derecho comparado, especialmente en los trabajos de la Comisión sobre derecho contractual europeo y, en un sentido más ambicioso, en los que pretenden la aprobación de un auténtico "Código Civil europeo".

B) Normas materiales nacionales para casos internacionales

251. Uniendo los dos temas aquí tratados o las dos técnicas de reglamentación directa, es necesario mencionar la otra técnica que también fue usada, cual es la de elaborar normas materiales nacionales, sistemáticas y especiales, sólo para tratar casos internacionales. Podemos dar dos ejemplos en que algunos legisladores internos suplieron esta falta de "legitimación" o fuerza internacional y elaboraron códigos propios o reglas materiales "uniformes" para sus países, pero solamente para uso internacional. Los ejemplos más famosos son de legisladores de países socialistas, que elaboraron verdaderos códigos materiales para uso en casos internacionales. Así fue el caso de la ley de la extinta Checoslovaquia de 4/1/1963 denominada "Código de Comercio Internacional", y también en la extinta Alemania Oriental, de la "Ley sobre los contratos económicos internacionales", de 5/6/1976. Esta técnica perdió importancia después de la caída del Muro de Berlín.

La doctrina fue destacando que estas normas materiales especiales generalmente se destinan a regular el comercio internacional y, de cierta forma, facilitan lo que hoy llamamos *lex mercatoria*, reglas de origen no estatal que de cierta forma son materiales y destinadas a regular el comercio internacional, como los INCOTERMS (International Commercial Terms), las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, cláusulas "uniformes" y "especiales para el comercio internacional", de origen en la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que facilitan en mucho estos cambios. Para Moura Ramos este tipo de normas, sean de origen jurisprudencial o legislativo, deberían ser consideradas auténticas "normas de aplicación inmediata".

C) Normas materiales especialmente concebidas para casos de DIPr

252. Hasta los estudios de Ernst Steindorff se pensaba que la participación de las normas materiales en el DIPr era un fenómeno "lateral", un fenómeno sólo "resultante" de la indicación ejecutada por la norma indirecta de DIPr. Steindorff comprobó que en innumerables circunstancias las normas materiales forman parte integrante de la técnica del DIPr para la solución de cuestiones de derecho aplicable.

La más conocida utilización de las normas materiales "dentro" del DIPr o como parte integrante de la técnica de DIPr es en la calificación de las cuestiones principales y previas y en la interpretación de los puntos de conexión. También debemos destacar el uso de normas materiales en el DIPr como auxiliares de la solución "indirecta" en el caso de la adaptación, cuando es necesario aplicar una serie de normas materiales indicadas como aplicables por la norma indirecta; en estos casos, el aplicador de la ley va a armonizar, compatibilizar, adaptar estas normas materiales para poder resolver el caso concreto. Estas normas materiales que son usadas dentro del método de atribución se conocen como "normas de ayuda". Este caso nos interesa menos, pues las normas materiales son usadas como auxiliares de la técnica de reglamentación indirecta, de la indicación de un derecho aplicable, y no aplicadas directamente al caso "internacional privado".

Más interesante es un segundo grupo de normas materiales. Éstas estarían en el DIPr, serían parte de la aplicación normal del sistema de DIPr, siendo normas materiales directamente aplicables a los casos concretos. Estas normas materiales especiales realizan la función de las demás normas de derecho aplicable, o sea, ocupan el lugar tradicionalmente otorgado a las normas indirectas. Estas normas materiales se aplican a los casos con elementos extranjeros, se aplican aun extraterritorialmente, al "nacionalizar" casos que serían objeto de reglas indirectas tradicionales de DIPr. Estas normas materiales son una solución especial, una solución directa a casos con elementos internacionales.

Irónicamente, las más famosas de estas normas materiales, destinadas a regular directamente casos vinculados con varios ordenamientos, tuvieron origen en la jurisprudencia francesa, cuando los tribunales crearon la posibilidad de admisión de las cláusulas de valor oro en los contratos internacionales y de cláusulas sobre arbitraje privado internacional (Marques dos Santos). Aplicándose las leyes indicadas por las normas indirectas se llegaría a la conclusión de que tales cláusulas, que indexaban o que permitían el pago de los contratos internacionales en oro, serían nulas (del mismo modo que eran consideradas nulas en el derecho privado francés), pero la jurisprudencia francesa resolvió el caso afirmando que existía en su ordenamiento una norma general material que permitía la cláusula oro, si el caso fuere internacional privado, esto es, un contrato internacional. Nóte-

se que es una norma estatal, pero destinada exclusivamente a regular casos internacionales. Ella resuelve directamente el problema: la cláusula es válida. La norma especial para casos internacionales asume la función del DIPr, y en tal carácter se ha convertido en parte del DIPr actual.

3. Normas de aplicación inmediata

A) Noción

253. El DIPr latinoamericano conoce, desde hace mucho tiempo, la categoría de las reglas de "orden público internacional". Serían reglas materiales internas, que tienen tanta importancia para el sistema nacional, que no pueden ser dejadas de lado en la solución de un caso de DIPr, ni siquiera cuando resulta aplicable, en virtud de una norma indirecta, un derecho material extranjero. La técnica aquí estudiada es semejante, con una especificidad nueva que es la más abarcativa de la expresión acuñada por Franceskakis, ley de aplicación inmediata. Esto porque la propia idea de orden público es esencial al método de atribución.

Como antes dijimos, el orden público dentro del sector del derecho aplicable juega como un límite de seguridad del sistema, límite al "peligro" que significa remitir a una ley extranjera aplicable sin saber cuál es su contenido material. Si el contenido material de la ley extranjera indicada aplicable viola de manera manifiesta las bases, principios y normas principales del ordenamiento jurídico del juez, el sistema de DIPr coloca a disposición la cláusula de reserva, que es el orden público. Igualmente, en estos casos, la técnica es de localización de una relación en contacto con varios órdenes jurídicos. En el caso de las leyes de policía (*lois de police*), leyes especiales obligatorias (*Sonderanknüpfung zwingender Normen*), la técnica es de reglamentación directa, de auto-competencia para regular un caso de la vida privada, que está en contacto con más de un ordenamiento jurídico, luego, un caso normalmente de DIPr, pero por su superior contacto con la ley del foro será regulado por el derecho material del foro de manera "inmediata".

Lo que ambas nociones tienen en común es su espíritu o *ratio* estatizante. En el caso de las leyes de policía, el Estado nacional quiere regular

esta relación de la vida y elabora normas que se aplican directamente a los casos internacionales, sin pasar por las reglas normales del DIPr. Estas normas serían vehículos privilegiados de la realización de los intereses estatales de regulación material en los casos concretos con elementos internacionales. En verdad, aceptar estas leyes es un límite al ámbito de aplicación normal de las normas indirectas (Baptista Machado), ya que la eventual remisión a un derecho material extranjero deja de ser operativa una vez que la ley material del foro tiene eficacia "internacional", es decir, se aplica a casos de DIPr. El Estado aquí designa como aplicable a su ley interna material y deja de aplicar las normas indirectas de su ordenamiento. La cuestión se juzga tan importante (por razones económicas, sociales, culturales, políticas, etc.) que el Estado sólo admite su propia solución, evitando el albur de la aplicación de un derecho extranjero.

Para Moura Ramos, la expresión "leyes de aplicación inmediata" viene a unir estas dos categorías conocidas del derecho francés, leyes de policía (*lois de police et de sureté*) y leyes de orden público internacional (*lois d'ordre public*) y superar los viejos problemas de definición del orden público. Para este autor, se trata de una tentativa de organización estatal a través de estas leyes materiales que encontrarán aplicación directa en casos internacionales. Estas normas son parte del nuevo derecho internacional, como especie nueva de norma "unilateral", pero regla material, cuyo campo de aplicación viene delimitado, explícita o implícitamente, en este caso sometido a normas tradicionales de conflicto.

B) Ejemplos de normas de aplicación inmediata

254. La expresión creada por Franceskakis no estuvo exenta de críticas, por eso es importante mencionar algunos ejemplos de normas de aplicación inmediata dados por él mismo. Allí encontramos (cada una en su contexto histórico): la prohibición de exportar cereales para evitar el hambre, la prohibición de enajenar inmuebles a favor de extranjeros, el deber de los padres de vigilancia de los hijos, el deber de los empleadores de vigilancia de los actos de los empleados y la responsabilidad de ahí derivada, la regulación de los pesos y medidas, la legislación sobre cambio, las leyes sobre locación urbana, las leyes sobre educación y protección de menores. Tales ejemplos tenían en común el fin especial, de importancia

tal para un Estado que las normas materiales se aplicarían a todos e inmediatamente, con independencia de la configuración del caso concreto, ya que estarían de por medio intereses básicos atinentes a la "organización estatal" (Moura Ramos). Transponiendo tales ejemplos a los de nuestros días, reencontramos estas normas fundamentales, por ejemplo, en las normas ambientales y de seguridad sobre transporte de cargas tóxicas, en las prohibiciones de exportación o importación de determinados productos de "riesgo", en ciertas reglas de protección de todos los menores presentes en el territorio de un país sin importar su nacionalidad o domicilio, como son las referidas a la autorización para la salida de menores o las que combaten el tráfico y secuestro de menores.

Para que una norma sea considerada como de policía, de orden público internacional o de aplicación inmediata, es necesario el pronunciamiento concreto y tópico del órgano jurisdiccional de cada país, ya que dicho carácter no viene normalmente indicado por el legislador. Debe verse claramente que tales normas manifiestan su intención de aplicarse a todos los casos, aun internacionales, en razón de la materia implicada y de la vinculación del caso con el foro. Así, si las leyes materiales de protección de los consumidores incluyen y responsabilizan, en determinados casos, a los fabricantes en el exterior, es decir, resultan aplicables a las relaciones de consumo internacionales (en cuestiones tan variadas como el comercio electrónico o los contratos de multipropiedad) y aseguran derechos a todos los nacionales y extranjeros en esta situación, ¿cómo negar que quieren verse aplicadas directamente? Si las reglas de protección del menor en un país se aplican, no sólo de forma cautelar, sino siempre a todos los menores en aquel territorio, justamente para su efectiva protección, sin importar su nacionalidad, ¿sería esto una aplicación "inmediata" o implícita utilización del elemento de conexión domicilio y/o residencia de los menores? Realmente, la razón parece estar con Franceskakis que las sistematizó todas sobre una sola denominación e identificó un nuevo método dentro del sector del derecho aplicable, consistente en estas normas materiales internas que encuentran aplicación a los casos de DIPr, descartando el recurso explícito al método clásico de atribución. Ellas ejecutan la función del DIPr respecto a cuestiones concretas en un contexto socio-histórico determinado, en el cual se piensa que presentan una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico de un país. Es al Es-

tado a quien le interesa el resultado material de la aplicación de estas normas internas a situaciones "internacionales". En estos casos, la *lex fori* es aplicada no como resultado de la remisión hecha por la norma indirecta, sino porque ella es la "regla de aplicación material" designada directamente como aplicable por el ordenamiento del juez.

255. Aunque en la concepción habitual de esta metodología se suele hacer referencia, como nosotros hemos hecho hasta ahora, a estas normas materiales imperativas como parte integrante del ordenamiento del juez que interviene en el caso, es decir, de la *lex fori*, existe la posibilidad de que un juez se encuentre, en un caso dado, con la presencia de normas imperativas en otro ordenamiento vinculado con el caso, ya sea en el de la *lex causae* (que es como se llama al derecho que resulta aplicable en virtud de la remisión realizada por la norma indirecta) o en el de un tercer Estado. Con un carácter más o menos general puede decirse que las normas de aplicación inmediata de la *lex causae* deben ser aplicadas, a menos que exista una manifiesta incompatibilidad entre ellas y otras normas del mismo carácter presentes en la *lex fori* y aplicables al mismo caso concreto. Sería bastante contradictorio decir que se aplica un derecho extranjero e ignorar del mismo precisamente lo que el legislador de ese Estado considera como fundamental. Respecto de las normas de aplicación inmediata de terceros Estados, existe una tendencia a dar facultades al juez para que las tome en consideración, siempre que estén estrechamente vinculadas con el caso y que la solución del mismo carezca de sentido o de efectividad si se prescinde de ellas. Tal es la solución incluida en el art. 7 de la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980), vigente en todos los países de la CE, en el art. 11 de la Convención interamericana sobre la misma materia (1994), y en sistemas estatales como el suizo (art. 19).

C) Diferencias con las normas espacialmente condicionadas o autolimitadas

256. Entre las técnicas de solución directa de los conflictos de leyes en el espacio merece destacarse la teoría de De Nova de las "normas espacialmente condicionadas o autolimitadas" ("*norme sostianziali auto-*

limitate"), que alcanzó éxito en el sistema angloamericano pero que en el espacio europeo y latinoamericano obtuvo poca repercusión, tal vez justamente por su espíritu pragmático y por su semejanza con la teoría de Franceskakis, antes presentada y normalmente aceptada, de las leyes de aplicación inmediata.

Si uno de los problemas básicos del DIPr (que en otra época se concebía prácticamente como el "único" problema) consiste, de un lado, en la diversidad de las leyes en contacto con un caso concreto de la vida privada y, de otro, en la necesidad de escoger una solución justa y útil a la comunidad internacional, dos caminos fueron usados históricamente por el DIPr: inicialmente, se partía de una determinada ley nacional y se esclarecía su campo de aplicación; después de Savigny, se parte de una relación jurídica con contactos internacionales y se procura su localización, indicando la ley aplicable a esta relación. Si a lo largo del siglo XX priorizamos el segundo camino, en tiempos postmodernos de pluralidad necesaria y simultaneidad de métodos del DIPr (Jayme), la teoría de De Nova –que se aproxima al primer camino– puede ahora ganar en importancia.

Estas normas espacialmente condicionadas o autolimitadas serían normas que "desean" aplicarse a las situaciones de la vida que se encuentren ligadas al orden socio-jurídico del respectivo Estado por alguna conexión o contacto espacial suficiente, como ellas expresamente establecen en su precepto material o como se puede deducir de su finalidad. La especificidad de estas normas de derecho material reside en el hecho de que ellas, aun siendo derecho material, delimitan su propio ámbito de aplicación a través de un proceso muy semejante al de las reglas unilaterales de derecho aplicable. El ejemplo traído por Ferrer Correia son las *rules* inglesas sobre *trust* y la prohibición de perpetuidad, que encuentran aplicación sólo cuando el *trust* debe ser generado en Inglaterra o afectar patrimonio inglés.

La semejanza con las normas unilaterales de DIPr es, sin embargo, formal, pues en las normas materiales autolimitadas los límites impuestos a su aplicación espacial derivan de los fines (intereses gubernamentales) indicados por la propia norma y no, como el sistema del DIPr, de una idea de justicia conflictual o de respeto a varios intereses (de las partes, del Estado y del tráfico –Pérez Vera–), implicados en el caso concreto. Siendo así, se entiende porqué esta teoría alcanzó éxito en el sistema angloamericano, donde cabe al juez ponderar los intereses gubernamen-

tales presentes en las normas, para saber cuál de las normas materiales debe aplicar. Aquí la norma material se autolimita, al afirmar su propia *ratio*, esto es, cuándo y cómo "quiere" (luego, debe) ser aplicada por el juez nacional y por el juez extranjero.

Bibliografía complementaria

BONOMI, A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, Schultess, 1998; GOLDSCHMIDT, W., "Normas Generales de la CIDIP II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano", *Anuario Jurídico Interamericano 1979*, Washington D.C., Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1980, p. 141; MAEKELT, T.B. DE, *Normas generales de derecho internacional privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984; MARQUES DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, Almedina, 1991 (2 vols.); PARRA-ARANGUREN, G., "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", en *La codificación del derecho internacional privado en América*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984; SOLARI BARRANDEGUY, M., "El derecho extranjero y su tratamiento procesal en el sistema de derecho internacional privado uruguayo", *RUDI*, 4, 1994; TÁLICE, J., "Interpretación e integración en el derecho internacional privado", *RUDI*, 3, 1993; TELLECHEA BERGMAN, E., "Aplicación, tratamiento e información del derecho extranjero y su regulación en nuestro derecho internacional privado de fuente convencional y nacional", en *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Montevideo, A.M. Fernández, 1982.

Capítulo 7

Sistemas de derecho aplicable de los Estados mercosureños

Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Contenido y alcance de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979)

1. Aspectos generales

257. La Convención de normas generales constituye una obra de fundamental importancia, donde por primera vez en el mundo se regulan en forma sistemática casi todos los problemas de aplicación de las normas indirectas de derecho aplicable (antes conocidos como problemas generales del DIPr). Como antecedentes pueden mencionarse normas que regulan en forma aislada problemas de teoría general en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, como por ejemplo el art. 2 sobre la aplicación del derecho extranjero, el art. 3 sobre recursos o el art. 4 sobre orden público. En el Código Bustamante se regula la calificación en el art. 6, la aplicación del derecho extranjero en los arts. 408 y ss., etc. A esto se refería Werner Goldschmidt cuando señalaba que la Convención de normas generales es "la primera de su género en el mundo entero", subrayando que su objeto "consiste en dar las pautas generales del DIPr, y su fin está en que se garantice el respeto hacia el derecho extranjero cuya realización es la meta de nuestra materia".

258. La Convención de normas generales se aplica siempre que el Estado del juez sea parte de la misma, aunque los demás Estados involucrados en el caso no lo sean. Cuando todos los Estados involucrados en el caso de que se trate sean parte de los Tratados de Montevideo de 1940 y de la Convención (por ejemplo Argentina y Uruguay), el problema de

la aplicación del derecho extranjero deberá ser regulado por ésta y no por el Protocolo Adicional de 1940, por tratarse de una norma posterior, sobre la misma materia y entre los mismos países. Pero si alguno de los países involucrados no hubiera ratificado la Convención de normas generales y sí los Tratados de Montevideo, deberán aplicarse éstos. Así por ejemplo, si se tratara de un caso que vinculara a Argentina, Bolivia y Uruguay, y donde se planteara un problema de aplicación de derecho extranjero, dado que los tres están vinculados por los Tratados de Montevideo de 1889 y sólo Argentina y Uruguay han ratificado la Convención, se aplicará el Protocolo Adicional de 1889. Se trata de la solución tradicional del DIP, refrendada por el art. 30 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969.

2. Determinación de la norma aplicable

259. Frente a un caso internacional, es necesario identificar las fuentes normativas internas e internacionales existentes. El art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr establece que sólo en defecto de norma internacional (convenciones o tratados internacionales, bilaterales o multilaterales) puede recurrirse a las normas de DIPr internas. Es decir que si existe tratado en cuyo ámbito de aplicación material, espacial y temporal pueda enmarcarse la situación, debe aplicarse éste. Podría decirse que se adopta una posición monista internacionalista, de subordinación del orden jurídico nacional al internacional (Goldschmidt, Maekelt). Para Opertti, sin embargo, el mencionado artículo no se refiere a la prevalencia de una norma sobre la otra (en este caso sería el tratado frente a la ley interna), sino que resuelve un problema de ámbito de aplicación, de competencia. Se aplica el tratado cuando éste regula la materia de que se trata en el caso, lo que no significa que el tratado esté por encima jerárquicamente del derecho interno, sino que uno es competente frente al otro para regular una determinada relación (Opertti).

3. Aplicación del derecho extranjero y recursos admitidos

260. El art. 2 de la Convención de normas generales mantiene básica-

mente el mismo principio de la aplicación de oficio del derecho extranjero, independientemente de la facultad de las partes de alegar y probar su existencia y contenido, ya establecido en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo. Pero incorpora un mandato de fundamental importancia, basado en la teoría del uso jurídico y el principio de la tolerancia (Goldschmidt): "los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable (...)", como se vio en el Cap. 6.II.3. Lo que hasta 1979 era una posibilidad, porque el juez con anterioridad a la CIDIP II podía intentar aplicar el derecho extranjero siguiendo lo más fielmente posible la forma en que ese derecho se aplicaba en su Estado de origen, a partir de 1979 pasa a ser una obligación impuesta por una norma de derecho positivo. Este agregado no es casual, sino que se introdujo con una finalidad muy precisa, y es que el juez no altere a su antojo o conveniencia el contenido real de ese derecho extranjero al que le remite su norma de conflicto, sino que lo aplique tal como lo haría el juez del Estado al que esa norma remitida pertenece.

Si bien esta solución reduce el margen de maniobra del juez, que parecería a primera vista estar obligado a limitarse a imitar lo que se hace en el Estado al que pertenece la norma aplicable, sin apartarse de los informes que de allí recibe acerca del contenido, vigencia, alcance e interpretación de esa norma, esto no es inflexiblemente así. Esta norma no convierte al juez en un autómata que deba aplicar el derecho extranjero en forma mecánica, lo que en cierto modo se reconoce en el art. 6.3 de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (aprobada en la misma edición de la CIDIP), que dice: "(E)l Estado que recibe los informes a que alude el artículo 3 (c) no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida". Lo que sí queda claro es que la gran mayoría de los Estados latinoamericanos han optado por la coherencia que significa ser consecuentes con los sistemas de derecho aplicable vigentes en ellos, basados en el método de atribución: si se cuenta con un sistema formado por normas indirectas, las cuales encierran la eventualidad de la aplicación del derecho extranjero, es lógico que se pretenda que dicha concepción no sea nada más que teórica otorgando para ello un mandato claro al juez. Un inevitable toque de realismo lleva, no obstante, a re-

conocer que es muy difícil que en todos los casos un juez normal y corriente sea capaz de cumplir cabalmente con dicho mandato.

261. La citada fórmula del art. 2 de la Convención de normas generales no implica, como a veces se ha sostenido (Parra Aranguren, Goldschmidt), la consagración del reenvío. Por el contrario, surge claramente no sólo del sentido literal corriente del texto aprobado sino también de los antecedentes del mismo, que se dejó de lado la regulación del instituto del reenvío, dada la disparidad de criterios evidenciada en la Segunda Conferencia con relación a este tema. El reenvío no fue regulado expresamente en la Convención de normas generales porque no hubo acuerdo acerca de su prohibición o admisión genérica, por lo cual el punto queda librado a la interpretación de los jueces en cada caso, la cual deberá enmarcarse en los parámetros del art. 9 de la propia Convención.

262. Con respecto a la calificación, cuya regulación se había incluido en el anteproyecto de la Convención, no fue reglamentada luego en el texto definitivo aprobado en la Conferencia, por considerarse en dicha oportunidad que el tema no estaba todavía maduro como para alcanzar una solución de consenso. En consecuencia, y en ausencia de regulación supranacional, la calificación deberá ajustarse a los principios de cada sistema. Parece importante señalar que aun a falta de regulación expresa, el proceso de calificación –al igual que todas las demás cuestiones que involucran el funcionamiento del sistema de conflicto– deberá ajustarse a los criterios generales del art. 9 de la Convención de normas generales.

263. Conforme al art. 4 de la Convención, "(T)odos los recursos otorgados por la ley procesal del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados parte que haya resultado aplicable". Es decir que en materia de recursos procesales contra la mala aplicación o interpretación del derecho, no se distingue la situación en que el derecho material aplicado por el juez haya sido el propio o un derecho extranjero. En otras palabras, si la parte considera que el juez ha interpretado o aplicado incorrectamente el derecho material que resultó aplicable en virtud de la norma de conflicto, tiene a su alcance todos los recursos previstos por el derecho procesal del Estado del fo-

ro, incluyendo el de casación, ya que éste ha sido "establecido por la norma procesal nacional en forma genérica –sin limitarlo a las infracciones de la *lex fori*-". Cabe destacar que "(...) atento a la finalidad perseguida por la casación –uniformar y asegurar la correcta aplicación del derecho– su interposición no puede quedar limitada al estrecho recinto de la ley foral, sino que debe alcanzar a todas las normas jurídicas, inclusive a las extranjeras, que no sólo deben ser aplicadas, sino que además deben serlo en forma correcta" (Tellechea, Goldschmidt, Opertti). En este mismo sentido Parra-Aranguren sostiene que:

> "(...) parece indiscutible que el precepto no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados parte la admisibilidad del recurso de casación por infracción de la ley extranjera; y de acuerdo con sus propios términos equipara el derecho foráneo con las normas nacionales en los diversos aspectos relativos al funcionamiento del mencionado instituto; por tanto no sería aceptable que existieran regímenes distintos, establecidos *ad libitum* en cada uno de los países vinculados por la Convención".

Goldschmidt en cambio sostiene que en última instancia la aplicabilidad o no del recurso de casación en caso de aplicación de derecho extranjero, dependerá de lo que establezca cada ley nacional con relación a dicho recurso.

4. Instituciones o procedimientos desconocidos

264. El art. 3 de la Convención señala que

> "(C)uando la ley de un Estado parte contenga instituciones o procedimientos esenciales para su correcta aplicación y esas instituciones o procedimientos no estén contemplados en la legislación de otro Estado parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos".

Sólo en esta hipótesis excepcional, es decir luego de descartar la analogía, podrá el juez dejar de aplicar el derecho extranjero regularmente

aplicable. Al igual que las demás excepciones a la aplicación del derecho extranjero, ésta es de interpretación restrictiva.

5. Excepción de orden público internacional

265. Esta excepción opera cuando en un caso concreto la ley extranjera regularmente competente en virtud de la norma de conflicto aplicable, sea considerada en un Estado parte "manifiestamente contraria a los principios de su orden público" (art. 5 de la Convención). La problemática del orden público ya había sido ampliamente debatida en CIDIP I, al considerarse el proyecto de Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (Parra-Aranguren). Haroldo Valladão había destacado la importancia de incluir la expresión "manifiestamente", con la finalidad de restringir la natural tendencia de extender las hipótesis del funcionamiento de la excepción. Al estudiarse el tema en la CIDIP II, se convino en aceptar el texto aprobado en Panamá en 1975, recogiéndose la propuesta de Goldschmidt con el propósito de restringir la posibilidad de excluir la aplicación del derecho extranjero, a la hipótesis de su manifiesta contrariedad con los "principios" de orden público de la *lex fori*. La fórmula aprobada en Montevideo recoge la idea ya admitida en Panamá de que la violación ha de ser manifiesta, lo cual tiene por objeto excluir el posible funcionamiento de la excepción en casos de duda; pero la perfecciona en el sentido de precisar que debe recaer sobre los principios del propio derecho, "sin permitir su intervención cuando sólo se vean afectadas las normas que desarrollan dichos principios" (Parra-Aranguren). La inclusión en el art. 5 de la expresión "manifiestamente", destaca el carácter completamente excepcional del orden público internacional.

266. No se reguló en cambio el tema de las normas de aplicación inmediata o necesaria. Parra-Aranguren propuso incluir un artículo que reconociera expresamente la existencia de ciertas áreas jurídicas, que se encuentran de alguna manera al margen de la posible intervención de las normas de conflicto y respecto de las cuales no cabe siquiera imaginar la aplicación de una ley extranjera. La idea era reconocer la existencia de "ciertas áreas jurídicas donde no pueden intervenir las reglas de conflic-

to, y en las cuales no es concebible aplicar una ley extranjera, porque han sido reguladas directamente a través de normas que expresan principios fundamentales de la legislación de cada Estado: en este caso el orden público funciona *a priori* y no *a posteriori*". Su propuesta no fue aceptada, por haber considerado la mayoría de los delegados que era innecesario incluir una disposición expresa en este sentido, dado lo obvio del principio (sí ha sido incluida en el art. 10 de la Ley venezolana de DIPr de 1998). Opertti manifestó al respecto que:

> "(...) no está en duda que cada Estado puede, en ejercicio de su soberanía e independencia, señalar qué normas son de aplicación perentoria o necesaria, sin que esté en juego el sistema de conflicto, pero no es lo mismo reconocer a cada Estado esa facultad, derivada del concepto de soberanía o independencia, que reconocerla a través de un proyecto de normas de carácter general, que quieren servir de sistema vertebral para todo el conjunto de los tratados que, a nivel del sistema interamericano, se vayan aprobando".

6. Excepción de fraude a la ley

267. El artículo 6 de la Convención sobre normas generales establece que:

> "(N)o se aplicará el derecho extranjero de un Estado parte cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas".

El texto de la norma recoge los dos elementos básicos del fraude a la ley, el subjetivo ("artificiosamente") y el objetivo (debe referirse a los "principios fundamentales"). El tenor de la norma permite sancionar tanto el fraude contra la ley extranjera como contra la propia (Goldschmidt, Parra-Aranguren, Maekelt). El segundo inciso del art. 6, que refiere a "la intención fraudulenta de las partes", no condice con la doctrina, que en general se inclina por los criterios objetivos de los cuales

pueda deducirse la intención (Herbert, Goldschmidt); se incluyó en la norma para evitar reservas de los países con criterios subjetivistas.

Uruguay hizo reserva de este artículo; no obstante, la doctrina nacional más influyente (Opertti, Herbert) considera que la misma es irrelevante, ya que la excepción no puede dejar de operar cuando existe abuso de derecho, ya que esto es estructural. Esta reserva va a tener que levantarse algún día, porque no sólo es irrelevante sino que sirve exclusivamente para causar problemas al juez. La reserva fue una especie de homenaje a Alfonsín, que era contrario a la excepción de fraude a la ley porque temía que la voluntad de las partes interviniera para obtener un fin que no fuera el querido por el legislador, que se limitara la libre y lícita sumisión voluntaria de las personas, y que los jueces, por su parte, evaluaran mal el elemento subjetivo del fraude a la ley y utilizaran la excepción como pretexto para no aplicar la norma material extranjera. Sin embargo, es probable que Alfonsín hubiera aprobado el texto del art. 6, porque éste se refiere a los "principios fundamentales de la ley" competente, que era precisamente lo que él preconizaba: subsumir la excepción de fraude a la ley en la de orden público, para que sólo funcionara cuando se violentaran principios fundamentales (Herbert).

7. Derechos adquiridos

268. El art. 7 de la Convención de normas generales establece: "(L)as situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias al orden público". Se incorpora la doctrina de los derechos adquiridos entendida como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto:

> "(...) la legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación jurídica válidamente creada de acuerdo con todos los sistemas con los cuales tenía vínculos en el momento de su creación; aspecto de particular importancia práctica en la hipótesis de situaciones jurídicas relativamente internacionales, es decir,

nacidas dentro de una única legislación, pero que con posterioridad desbordan las fronteras nacionales" (Parra-Aranguren).

Se advirtió en la Conferencia que si una situación tiene conexiones con una ley que la declara válida y con otra que la invalida, no encaja en la hipótesis prevista en la norma ("de acuerdo con todas las leyes"). La Convención "no consagra la doctrina de los derechos adquiridos según *'el'* derecho competente sino según *'todos'* los derechos competentes" (Parra-Aranguren). Si bien se rechazó la propuesta de Goldschmidt de incluir expresamente el requisito de tener en cuenta sólo los derechos que tengan una conexión razonable con el caso, considera este reconocido especialista que el mismo opera igual.

8. Cuestiones previas, preliminares o incidentales

269. En el art. 8 de la Convención se consagra una fórmula ecléctica respecto a la cuestión previa, al señalar que "(L)as cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula a esta última". En efecto, la fórmula aprobada deja un amplio margen de discrecionalidad al juez, porque en principio no le impone adoptar ni una ni otra solución (teoría de la equivalencia o de la jerarquización). Constituyó una transacción entre los partidarios de la teoría de la jerarquización, como Venezuela, y los seguidores de la teoría de la equivalencia, como Argentina, Brasil y Uruguay, aunque sin tomar partido en esta lucha (Goldschmidt). Pero esa discrecionalidad otorgada al juez no es absoluta, sino que está enmarcada por los criterios que a continuación el art. 9 establece. Es decir que cuando el juez se enfrente a la necesidad de resolver una cuestión preliminar previa a la principal, deberá optar por la solución en materia de cuestión previa que mejor realice las finalidades perseguidas por cada una de las legislaciones involucradas y la equidad en el caso concreto. En consecuencia, y para cumplir con dichos objetivos, el juez podrá proceder a realizar una calificación normal de la relación incidental, aplicándole a la cuestión previa la norma de conflicto correspondiente de su propio sistema de DIPr;

o una calificación contingente de la cuestión previa, sometiéndola al mismo sistema de DIPr de la cuestión principal.

9. Norma de armonización

270. El art. 9 de la Convención obliga al juez a aplicar en forma armónica las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica. Para ello le indica dos criterios o caminos a seguir: a) en primer lugar, el juez deberá tratar "de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones". Se percibe aquí claramente la influencia de Currie, quien hace hincapié en el hecho de que cada Estado tiene interés en que las políticas que subyacen a sus normas se hagan efectivas. b) En segundo lugar, el juez deberá tratar "de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto". Esta solución evidencia la influencia de Cavers, quien criticaba la aplicación mecánica y ciega del sistema de conflicto, propugnando la necesidad de evaluar los resultados a que conduciría esa aplicación, "desde el punto de vista de la justicia entre los litigantes o (...) de consideraciones más amplias de política social" (Scoles / Hay).

Se introduce así en la Convención que constituye la columna vertebral del sistema interamericano de DIPr (Herbert), una vía de flexibilización del sistema de conflicto, que debe ser utilizada por el juez en los casos en que el propio sistema formal requiera un correctivo para no apartarse de su finalidad última de alcanzar la justicia querida por el legislador. Es decir que cuando por efecto de las normas de conflicto abstractas y apriorísticas, que teóricamente realizarían la justicia a través de la conexión formal, se llega en el caso concreto a un resultado injusto o que contraviene la *ratio* de las legislaciones en juego, el juez debe aplicar los correctivos proporcionados por el propio sistema para superar dichos efectos no queridos.

El propósito de esta norma es "estructurar en forma coherente los diversos segmentos de las distintas leyes aplicables" a través del método "sintético-judicial", con la finalidad de "resolver el caso concreto de manera directa e inmediata, conforme a su entelequia particular y según la idea de justicia". Se trata "de obtener el imprescindible equilibrio entre la

justicia formal, perseguida por las normas de conflicto, y la justicia material, que debe realizarse en la específica solución del caso concreto (...) dando pautas muy amplias" (Parra-Aranguren, Goldschmidt). El DIPr contemporáneo no sólo se contenta con la razonabilidad de la determinación del punto de conexión de las normas indirectas de derecho aplicable; eso era típico del DIPr "unidimensional" (Fernández Arroyo). Hoy asistimos a una era de materialización (Jayme) en la cual la justicia del caso concreto es una finalidad esencial del DIPr. En este sentido, el art. 9 de la Convención de normas generales camina en la dirección correcta.

II. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

A) Estructura del sector

271. La reforma de la Constitución nacional argentina introducida en 1994, consagró constitucionalmente la doctrina más reciente de la Corte Suprema con relación a la primacía de los Tratados internacionales (arts. 31 y 75, inc. 22, CN).

Por tanto en el sistema jurídico argentino, las situaciones jurídicas internacionales planteadas ante los tribunales argentinos, sólo en ausencia de tratados internacionales aplicables serán resueltas de conformidad a las normas autónomas del DIPr.

272. El DIPr argentino carece de autonomía legislativa. Las normas indirectas o normas de conflicto, materiales y de aplicación inmediata se encuentran en el Código Civil y leyes especiales. En el área del derecho civil, pueden mencionarse las normas relativas a personas físicas (arts. 6 a 9, 948, 949 y 81 a 86); personas jurídicas (arts. 33 y 34); cambio de domicilio y su influencia en la capacidad (138 y 139); bienes (arts. 10, 11); formas y solemnidades de los actos jurídicos (arts. 12, 950, 1180 a 1182, 1211, 3129); matrimonio (arts. 159 a 163); separación personal y disolución de matrimonio (art. 164); efectos de la adopción conferida en el extranjero (arts. 339 y 340); curatela (art. 475); contratos interna-

cionales (arts. 1205 a 1214); y sucesiones (arts. 3283, 3286, 3470, 3611, 3613, 3634 a 3638). En el área del derecho comercial, las normas internacionales están diseminadas en leyes especiales, así por ejemplo la Ley de sociedades comerciales N° 19.550 modificada por la Ley N° 22.903 (arts. 118 a 124); Ley de cheques N° 24.452; Ley de concursos y quiebras comerciales N° 24.522 (art. 4); Código aeronáutico Ley N° 17.285; Ley de navegación N° 20.099; etcétera.

273. Argentina ha ratificado numerosos tratados internacionales, incorporando incluso a su Constitución los tratados de Derechos Humanos a los que otorgó jerarquía constitucional en la reforma de 1994.

En el ámbito del DIPr los tratados provienen de distintas fuentes. Argentina ha ratificado tratados generados en el ámbito de ONU especialmente a través de UNCITRAL en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en el de la OEA a través de la CIDIP, en los Congresos de Derecho internacional de 1888/1889 y 1939/1940 que produjeron los Tratados de Montevideo y recientemente en el ámbito del MERCOSUR.

La influencia de las normas convencionales sobre el derecho de fuente interna puede ser advertido desde distintos ángulos: por un lado, coadyuva a cubrir las lagunas normativas de la fuente interna, vía a la que apela la jurisprudencia para designar, por ejemplo, el derecho aplicable a las obligaciones cambiarias, recurriendo a la Convención interamericana de Panamá de 1975 y al TMDComTI de 1940. El mismo criterio se sigue en materia de filiación habida cuenta que el CC no contiene normas específicas; en este caso se aplican analógicamente las disposiciones del TMDCI de 1940 (arts. 20, 21 y 22).

Por otro lado, la incorporación de las normas convencionales al sistema promueve la modificación legislativa de la fuente autónoma. Este efecto es especialmente notorio si se parte del análisis de los tratados sobre derechos humanos que se han incorporado a la Constitución. Esta incorporación no sólo funda la interpretación jurisprudencial tendente a desplazar la aplicabilidad de normas que fundan soluciones reñidas con los principios que subyacen en los convenios sobre derechos humanos, sino que inspira las reformas legislativas necesarias para proceder a la adecuación del derecho interno a los principios constitucionales. Puede apun-

tarse en esta línea la sanción de la Ley N° 23.264 que equipara los efectos de la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva (art. 240 CC).

Por otra parte, la aplicación de los tratados específicos del DIPr que introducen disposiciones que contradicen el derecho autónomo, pueden llegar a producir la derogación tácita de las disposiciones internas. Esto es lo que ocurriría, por ejemplo, si se unificara la jurisprudencia que reiteradamente se ha pronunciado a favor de la aplicación de oficio del derecho extranjero, fundándose en el art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr y desconociendo la obligatoriedad de la exigencia de su alegación y prueba prescripta por el artículo 13 del CC (CNacCiv-I, *"S.Z.A.A. c/ A., D.D."*, *LL*, 1996-E-163).

B) Características de la dimensión autónoma del sistema de derecho aplicable

274. Un relevamiento del sistema de DIPr argentino permite comprobar la existencia de distintos tipos de normas de conflicto. Si se toma en cuenta la descripción contenida en el supuesto o tipo legal, se encuentran disposiciones que regulan exclusivamente las condiciones (las de validez intrínseca y extrínseca del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, art. 159 CC), otras sólo contienen los efectos (las convenciones matrimoniales y las relaciones patrimoniales de los cónyuges se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, art. 163 CC) y, finalmente, hay normas que reúnen tanto las condiciones como los efectos (la validez, naturaleza y obligaciones de los contratos se rigen por la ley del lugar de cumplimiento, arts. 1209 y 1210 CC).

El derecho aplicable a la relación jurídica descripta en el supuesto normativo o tipo legal es indicada por los puntos de conexión. La designación del derecho aplicable puede realizarse de manera simple, utilizando un solo punto de conexión o utilizando múltiples conexiones. De acuerdo a la jerarquía con que esas conexiones se presenten, los puntos de conexión pueden clasificarse en aquellos que indican de modo alternativo la aplicación de distintos derechos (art. 3638 CC), los que ofrecen una solución subsidiaria para supuestos de indeterminación de los puntos de conexión principales (art. 162 CC) y los que indican la aplicación acumulativa de los derechos designados.

275. El abandono de la neutralidad de las elecciones se advierte en normas indirectas materialmente orientadas, que privilegian soluciones que benefician el interés de un determinado tipo de personas, o bien la eficacia o la validez de un derecho o acto jurídico. Así por ejemplo, la multiplicidad de elecciones se ha utilizado para favorecer las pretensiones del acreedor alimentario, al indicar que el monto de la cuota alimentaria regulado por la ley del domicilio conyugal puede ser mejorado por la aplicación del domicilio del demandado más favorable (art. 162 CC). Para favorecer la validez de un acto, se han utilizado distintas técnicas. Se señala en especial lo dispuesto por el art. 14.4 que desplaza la aplicación del derecho extranjero en los supuestos que el derecho nacional sea más favorable a la validez del acto, así como la sumisión de la totalidad de los aspectos de fondo y forma a un mismo derecho (art. 159 CC).

276. El Código Civil argentino también provee ejemplos de superación de la técnica clásica de solución índirecta, brindando soluciones directas para supuestos internacionales. Así por ejemplo puede señalarse la solución fundada en los arts. 138 y 139 del CC, que favorecerá el reconocimiento de la titularidad de la capacidad de hecho a quien mude su domicilio de un país extranjero a la República. La materialidad estriba en las consecuencias sustanciales de mayoridad o emancipación que disponen. A pesar de la apariencia de normas de conflicto que eligen como "más favorable" el derecho a la capacidad, estos artículos brindan una respuesta directa al supuesto planteado (*"Berman, Evelina G.F."*, CCivCapFed-C, *JA*, 1958-IV-27).

Son también materiales, el art. 855.2 del CCom (en la modificación introducida por la Ley N° 22.096) que establece un plazo de prescripción más largo para las acciones derivadas del contrato de transporte internacional que el fijado para accionar cuando se trata de transporte de personas o cosas en el interior de la República, y el art. 123 de la Ley de sociedades comerciales que contempla la hipótesis de participación de sociedad extranjera en una sociedad local.

277. Las leyes de aplicación inmediata o normas de policía, que con la finalidad de salvaguardar los intereses políticos, económicos y sociales

del Estado declaran aplicable exclusivamente el derecho propio al caso multinacional, también pueden encontrarse en el DIPr autónomo.

Esta técnica de reglamentación puede reconocerse por ejemplo en la Ley de la navegación cuyo art. 604 de la Ley N° 20.094 somete a la ley argentina la responsabilidad del transportador siempre que el contrato tenga contactos con la República o entienda un tribunal argentino. También son normas de policía los arts. 121 y 124 de la Ley de sociedades.

278. El funcionamiento de la pluralidad de métodos de reglamentación se advierte claramente en las disposiciones de la Ley de sociedades comerciales relativas a sociedades constituidas en el extranjero. Coexisten normas indirectas, como el art. 118 que en su primer párrafo declara aplicable la ley del lugar de constitución para regular la existencia y forma de la sociedad constituida en el extranjero (CNCom- E, "*Cuyum S.A. c/ Warski, Peter y otra*", *ED*, 1992-II-387); normas materiales, como la del párrafo 2 del mismo artículo que dispone que la sociedad constituida en el extranjero tiene capacidad para realizar actos aislados y estar en juicio y el párrafo 3 que enuncia los recaudos que dicha sociedad deberá cumplir si lo que pretende es realizar habitualmente actos comprendidos en su objeto social (art. 118, párr. 3) (CNCom-D, "*Brandt, Leopoldo c/ The Gates Rubber Company*", *ED*, 130-527). Para el supuesto de que la sociedad constituida en el extranjero tenga su sede o exclusiva explotación en el país, la norma de policía del art. 124 la califica como sociedad local y por tanto, autoelige inflexiblemente el derecho material propio.

C) Regulación de los "problemas generales"

279. Si bien el ordenamiento jurídico nacional carece de una sistematización de los problemas generales derivados del funcionamiento de la norma indirecta, existen algunas disposiciones relativas a alguna de estas cuestiones en el Código Civil que han sido tradicionalmente desarrollados por la doctrina y recogidos por la jurisprudencia.

El codificador, si bien no trató de manera general el problema de las calificaciones, produjo algunas soluciones particulares; así por ejemplo, en el art. 10 sujetó la definición de los bienes inmuebles sitos en el país al dere-

cho argentino, o sea al derecho privado aplicable (*lex causae*). En cambio, para los bienes muebles optó por una calificación propia, autárquica, pues distinguió y definió los muebles con y sin situación permanente (art. 11).

El problema de las calificaciones fue objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. La cuestión de la determinación de cuál es el derecho competente para definir si una orden de pago constituía una letra de cambio o un cheque, elección que habría de repercutir en la solución del caso, fue planteado en la causa *"Establecimiento Vitivinícola Sulim Melman SA"* (CApelCCom 1° de Bahía Blanca, ED, 7-751). En otra causa, la cuestión planteada requería decidir cómo procedía calificar una adopción simple otorgada en Francia. De efectuar una calificación según la ley francesa, o sea según el derecho privado aplicable (*"lex civilis causae"*) se le reconocerían a la adoptada derechos sucesorios sobre inmuebles del hermano de su madre adoptante sitos en el país. En cambio, si se optaba por calificar según el derecho privado del juez (*"lex civilis fori"*) se le hubieran desconocido tales derechos. La decisión favoreció las pretensiones de la adoptada (CSJ de la Provincia de Buenos Aires, *"Enrique Bayaud, suc."*, *ED*, 91-602).

280. El abordaje de la cuestión previa es doctrinario y jurisprudencial, por cuanto no ha sido contemplado legislativamente. La jurisprudencia se ha manifestado en causas donde pretensiones hereditarias planteadas requerían de la resolución de cuestiones incidentales o previas, tales como la validez de una adopción otorgada en el extranjero a los fines del reconocimiento de derechos sucesorios sobre bienes relictos situados en la República (C 1° de La Plata, Sala 2, *"Prieto Rufina Barazal de c/ Barazal, María E. Rivada de"*, *JA*, 1963-IV-91; CSJ de la Provincia de Buenos Aires, *"Enrique Bayaud, suc."*, *ED*, 91- 602).

281. El fraude a la ley, si bien no está consagrado por una norma que lo sancione con carácter general, halla receptividad en las disposiciones relativas a las obligaciones contractuales (arts. 1207 y 1208 CC). La jurisprudencia, por su parte, receptó la teoría del fraude a la ley (CNacCiv-C, *"M.F.A.M."*, *LL*, 1981-C-61). La Ley de sociedades comerciales sanciona la alteración fraudulenta de los puntos de conexión, mediante la debida aplicación de las normas materiales que se hubieren tratado de

eludir (art. 124 ya citado). En tal inteligencia la jurisprudencia consideró a la sociedad constituida en el extranjero con sede o explotación exclusiva en la República "como sociedad local" a los efectos que la norma dispone (JNacCom, 1° Inst., *"Inspección General de Personas Jurídicas c/ Inversora Yelinko S.A. y otros"; ED*, 42-943).

282. El ordenamiento argentino no tiene una norma específica que contemple la posibilidad del reenvío siendo, asimismo, escasos los precedentes jurisprudenciales. En el caso *"Estudios Espíndola c/ Bollati, C.J."* (1ª JNacPaz, N° 46, *ED*, 33-26) el juez interviniente sostuvo que el DIPr argentino, al remitir al derecho chileno, averiguará cuál es el derecho que éste considera competente para resolver la cuestión, pues "ha de atenderse, en primer lugar, al contenido del DIPr chileno".

La teoría del uso jurídico –considerada por Goldschmidt como una "forma correcta del reenvío"–, fue recogida por los tribunales al recurrir a la interpretación que la jurisprudencia española efectúa de su derecho, el que había sido declarado aplicable al caso *("Cordo, María M. Romay Gómez de c/ Brea, Dolores y otro"*, CPaz-3, *JA*, 1960-II-657; *"Menéndez, Enrique c/ Drago, Alejandro"; ED*, 84-459).

283. La cuestión del orden público internacional es el único de los mal llamados "problemas generales" del DIPr que ha sido reglamentado en el art. 14 del Código Civil argentino, que dispone que "Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres; 2) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código y 3) Cuando fueren de mero privilegio."

La determinación de los principios que configuran la noción de orden público internacional debe considerarse a partir de los preceptos constitucionales y los principios plasmados en los Tratados sobre derechos humanos que integran el orden jurídico argentino con jerarquía constitucional. El orden público funciona tanto para eludir la aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma indirecta (CC, art. 14.2), como para impedir que las decisiones y los actos constituidos en otro Estado produzcan eficacia en el foro (CPCN, arts. 132 y 517.4). El grado de in-

tensidad con que se recoge este mecanismo de defensa varía según la materia y el sector de derecho considerado, pues la excepción de orden público expresada en el art. 14 incs. 1 a 3 CC, convive con normas de aplicación inmediata que descartan la eventual aplicación del derecho foráneo. Así, por ejemplo, no se reconocerán matrimonios celebrados en el extranjero mediando los impedimentos de parentesco en grado prohibido, ligamen y crimen (art. 160 CC). La jurisprudencia pone de relieve la excepcionalidad de este mecanismo cuando lo circunscribe "(...) para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento del foro puesto que resulta sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a la aplicación de sus leyes materiales" (CNCiv-I, *"M.S. s/ sucesión ab intestato", ED*, 162-593).

El carácter esencialmente variable del orden público, exige que la confrontación con los principios esenciales que sustentan la organización jurídica argentina se realice con un criterio de actualidad. En este sentido ha dicho la CSJN que "carece de interés actual reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero" cuya disolución se produce en momentos en que aún no se conocía la institución del divorcio en el ordenamiento argentino, pues "el principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio fue recogido por la reforma que la Ley N° 23.515 introdujo en el derecho matrimonial positivo argentino *("Solá, Jorge Vicente s/sucesión ab intestato", LL*, 1997-E-1032). La vulneración al orden público debe valorarse a la hora de resolver la petición de que se trate y no al tiempo de sucederse los hechos relevantes (SCJMendoza, Sala I, *"Saccone, Romeo A. c/ Rodríguez Elisa", JA*, 1995-I).

284. La inaplicación del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto también puede provenir de la falta de invocación y prueba del derecho extranjero, si el foro competente aplica literalmente el art. 13 del Código Civil que dispone que: "La aplicación de las leyes extranjeras en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes".

En este artículo y en su nota el codificador argentino manifiesta haberse enrolado en la teoría del hecho en lo que respecta al tratamiento del derecho extranjero. Como la doctrina argentina ha sido favorable a

su aplicación de oficio, se han propuesto distintos argumentos para fundamentar el desplazamiento de la aplicación literal del art. 13 CC. Goldschmidt fundaba –a través de la doctrina del "hecho notorio"– la morigeración de los alcances de esa norma, sosteniendo que si bien el derecho extranjero es un hecho, tal hecho es susceptible de ser investigado y conocido. Boggiano, en cambio, propone partir del carácter obligatorio de las normas de conflicto para demostrar que la aplicación literal del art. 13 contraría el sistema conflictual del DIPr argentino, ya que delegar en las partes la invocación y prueba del derecho extranjero equivale a permitir que las partes interesadas conviertan en normas dispositivas aquellas normas de conflicto a las que el legislador acordó carácter obligatorio. La obligatoriedad de la aplicación de oficio del derecho extranjero puede también fundamentarse en la Convención de normas generales de derecho internacional privado de la CIDIP II, que dispone que "(...) los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera".

La jurisprudencia argentina en su gran mayoría aplica de oficio el derecho extranjero, ya que son escasos los fallos que mantienen la literalidad de la aplicación de la norma. Puede citarse, a modo de ejemplo, el fallo de la Sala CCom de la Capital que sostuvo que el juez puede valerse de sus conocimientos personales acerca del derecho italiano para precisar que la ausencia de la cláusula a la orden "en una *cambiale* librada en Italia no afecta su calidad de título a la orden" *("Testai c/ Papa", JA*, 42-1172). También que la Sala B de la CCiv expresó que constituye un hecho notorio que en Paraguay rige el mismo CC que en nuestro país *("P.L. de G.R.F.", LL*, 70-597) (vale señalar que el nuevo CC de Paraguay está vigente desde el 1/1/1987).

En otro decisorio se argumentó que la prueba de la ley extranjera resultaba innecesaria cuando se trata de un régimen de fácil conocimiento como el francés, en lo atinente al mandato y sus formas (CNacFed-CC, *"Establissements de Constructions Mécaniques de Vendenvre c/ Antimsa S.A.", LL*, 97-25). En autos *"Gómez, C.L."* el JN 1° Inst. aplicó de oficio el derecho del Estado de Florida, lugar del último domicilio del causante, en razón de que los acuerdos internacionales ratificados por

Argentina que imponen la aplicación de oficio del derecho extranjero representan fuera de su órbita de aplicación principios generales del derecho en los términos del art. 16 CC (*LL*, 1987-A-339). Con similar orientación se ha sostenido que "aún en la hipótesis de falta de alegación, el derecho extranjero puede ser aplicado de oficio por un juez argentino cuando éste lo considere conveniente en virtud de las propias normas de conflicto" (CNacCom-E, "*Rhodia Argentina, S.A. y otro c/ Polisecki, Jorge B.*", *ED*, 132-115). En el mismo sentido, pero con sustento en que la norma extranjera alegada por la parte puede ser aplicada por el juez si éste la conoce a pesar de no haberse probado debidamente (CNacCiv-A, "*Kogan, Sergio c/ Quintana, Trinidad*", *ED*, 76-455; "*Deutsches Reisburgo, G.M. c/ Speter, A.*", *LL*, 1984-D-563).

Algunos fallos aislados han hecho aplicación literal del art. 13 CC. Provienen por lo general del fuero laboral (TTrab. de Zárate, "*Eiras Pérez, Leonardo c/ Techint Engineering Co. S.A.*", *LL*, 142-176; criterio que se reitera en 1996 en autos "*Antoñanzas, Eduardo L. c/ INI Duperial S.A. s/ despido*", *ED*, 172-169).

2. Brasil

A) Generalidades

285. Atribuida la competencia a los tribunales brasileños, se debe preguntar sobre el derecho que resulta aplicable a la relación jurídico privada con elementos extranjeros. Para ello, es preciso verificar si la cuestión planteada al juez será regulada por el DIPr brasileño de la Ley de introducción al CC o si es el caso de la utilización del derecho convencional. Brasil es parte del Código de Bustamante y de trece convenciones interamericanas, principal aunque no exclusivamente de las CIDIP I y II.

La especificidad del DIPr consiste en su característica de ser un "derecho de derecho" que reglamenta la vida social de las personas privadas implicadas en el orden internacional. Así, en todos los sistemas jurídicos hay reglas propias creadas expresamente para determinadas categorías de situaciones conectadas a más de un sistema jurídico, que son llamadas reglas de conexión o normas indirectas.

En Brasil, desde luego, se resalta que es grande la utilización de la Ley de introducción al CC de 1942, y pocas veces el CB. Los tribunales han mencionado el CB algunas veces como complemento en casos en que el DIPr brasileño no poseía reglamentación, como por ejemplo para la prueba de la vigencia del derecho extranjero, usando las de los arts. 408 a 411 CB. Las convenciones interamericanas sólo pasaron a estar vigentes en el derecho brasileño a partir de 1997 y aún no hay noticia de su utilización por los tribunales federales o estatales. No obstante, recientemente la Convención interamericana sobre cartas rogatorias y su Protocolo fueron objeto de apreciación por el STF, en procesos relativos al exequátur de cartas rogatorias.

En Brasil, la mayor parte de las reglas utilizadas en el DIPr son indirectas. Están indicadas en los arts. 7 a 17 de la Ley de introducción al CC, que no ha sido modificada hasta el 1° de enero de 2003, por el nuevo Código Civil, sancionado por Ley N° 10.406 del 10/1/2002, que entró en vigencia el 11/1/2003. Algunas situaciones son reguladas por normas materiales y por normas imperativas, como es el caso del derecho del consumidor.

286. El codificador brasileño dice que el juez aplica de oficio el derecho extranjero, pero faculta a las partes para alegar y probar. Además, en la mayoría de las veces esa facultad constituye una imposición, pues si las partes no comprobaran el derecho extranjero, puede el juez dejar de utilizarlo, si depende de él la prueba de su contenido y vigencia.

Como las reglas de conflicto varían de país en país, se procura su armonización mediante la creación de normas conflictuales internacionales uniformes. Las iniciativas que vienen a uniformar reglas sustantivas, como por ejemplo la compraventa internacional, al contrario de la descripta con relación a las normas conflictuales uniformes, eliminan el conflicto de ley al promover la modificación y unificación de una parte del derecho privado material. Pero hasta el 1°/12/2002 Brasil no es parte de la Convención de Viena de 1980.

B) Reglamentación de cuestiones particulares y excepciones

287. Dentro del sistema brasileño de DIPr podemos citar, a modo de ejemplo, el criterio del domicilio que rige el estatuto personal (art. 7

LICC); la regla de la *lex rei sitae* para los bienes (art. 8 LICC), la regla *locus regit actus*, para los actos jurídicos; o el último domicilio del causante que determina las reglas sobre la sucesión.

El legislador también creó algunas excepciones a las normas generales con la intención de proteger a los brasileños, cuando, por ejemplo, permite en el acto de naturalización que sea modificado el régimen de los bienes del casamiento, contando con el acuerdo del otro cónyuge. También procura proteger a los hijos y cónyuges brasileños, determinando la aplicación de la ley brasileña en esos casos cuando la extranjera no fuere más beneficiosa.

La cuestión previa no se encuentra reglamentada en la LICC. No obstante, considerando que ahora Brasil es parte de la Convención interamericana sobre las normas generales del DIPr, esta cuestión puede ser beneficiada por aquella reglamentación. No hay noticia de casos sobre esta cuestión en la jurisprudencia nacional más reciente.

Por haber adoptado Brasil, a partir de 1942, como regla general el criterio del domicilio para el estatuto personal, y debido a sus dimensiones continentales, los problemas de DIPr en el universo de la jurisprudencia nacional no son muchos. No obstante, con el aumento del comercio intra-regional es mayor la circulación de personas en el espacio integrado, y podemos decir que la jurisprudencia nacional sobre esta materia está en franco proceso de expansión.

En los últimos años creció en forma considerable el número de pedidos de exequátur a cartas rogatorias y homologación de sentencias extranjeras en el STF.

288. El principio de orden público, contenido en el art. 17 LICC es de suma relevancia, pues es justamente el orden público el que impide la aplicación de leyes extranjeras, o el reconocimiento de actos realizados en el exterior y la ejecución de sentencias dictadas por tribunales de otros países. La doctrina brasileña persiste en la divergencia entre, de un lado, una subdivisión de orden público interno y orden público internacional y, de otro, la opción por el concepto unitario de orden público.

Siguiendo los preceptos de la corriente que opta por la dicotomía en las leyes de orden público, observamos que ponderan al disponer que tanto las leyes de orden público interno, como las de naturaleza interna-

cional, convergen en el elemento formador, cual es la protección del organismo nacional. No obstante, conforme Clóvis Beviláqua, lo que las distingue sustancialmente es que para el caso de las primeras, el Estado se protege contra sus propios súbditos, exigiendo obediencia a los preceptos garantizadores de su existencia en cuanto unidad colectiva. Para las leyes del segundo grupo, no obstante, esos preceptos se dirigen a todos los que habitan el país, sin distinción de nacionalidad.

Contrariamente, los defensores de la corriente unitaria van a concluir que el orden público es uno solo e indivisible, pero como puede ser atacado de dos modos, será defendible igualmente por dos. Luego, sabios son los preceptos que indican estar en desacuerdo en la manera de la defensa del orden público, y no en ésta en sí misma.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el legislador civil brasileño no reservó ninguna regla expresa sobre la inderogabilidad de las leyes protegidas por el principio de orden público. Cuando la ofensa se manifiesta contra el orden público interno, es necesaria su manifestación expresa, pues los actos son siempre pasibles de declaración de invalidez, anulabilidad o nulidad. Entretanto, en la esfera internacional no se ha de proceder de la misma manera, so pena de dañar el orden público extranjero. En ese caso, la solución viene indicada por la doctrina, consistente en aplicar la *lex fori*, recusando la aplicación de la ley extranjera.

A mayor seguridad, la precisión en cuanto a las formas de protección del orden público internacional tiene un doble propósito, cual es, primero, el de conferir una efectiva protección del organismo nacional y, paralelamente, evitar que el orden público se vea utilizado abusivamente por aquellos que resisten la aplicación de la ley extranjera, atentando contra la noción de comunidad jurídica internacional.

289. También en el campo de las excepciones a la aplicación del derecho extranjero, es necesaria la mención del fraude a la ley. En éste, al contrario del orden público, no es el contenido de la ley extranjera el considerado como inconveniente, pudiendo inclusive ser aceptado por el juez nacional. El problema es la alteración artificiosa del punto de conexión que indicaría la ley aplicable, esto es, la utilización de las reglas de conflicto para la obtención del derecho que las reglas sustanciales territoriales rechazan o niegan.

En el derecho brasileño ninguna de las leyes de introducción al CC (1916 y 1942) menciona expresamente o siquiera hace referencia al fraude a la ley. La jurisprudencia brasileña, por su parte, recepciona el principio del fraude a la ley, tomando posición el STF en el sentido que para constituir fraude a la ley brasileña, extranjeros aquí domiciliados promovieren su divorcio por procuración en un país que no es él de su nacionalidad, en la época en que el divorcio no era permitido en Brasil (SE-1321).

Actualmente, en el derecho brasileño, el interés a propósito de la indagación del fraude a la ley es extremadamente reducido, porque el gran número de casos en los que se procuraba violar de este modo la ley brasileña, a través del recurso a las reglas de conflicto, se relacionaban con el derecho matrimonial, a la obtención del divorcio. Entretanto, con la modificación en 1957 del párrafo 6° del art. 7 de la LICC, pasando a exigir a los divorcios realizados en el exterior, cuando uno o ambos cónyuges fuesen brasileños, el lapso temporal de tres años de la sentencia para los fines del reconocimiento, la utilización fraudulenta del DIPr brasileño para la obtención del divorcio en el extranjero pasó a ser prácticamente cercenada. Además, es principalmente a partir de 1977 que el divorcio dejó de ser una institución desconocida en el ordenamiento jurídico interno.

3. Paraguay

A) Estructura del sector

290. Este tema se encuentra vinculado a la naturaleza del derecho extranjero o posición que ocupa frente a los diversos ordenamientos jurídicos locales. De hecho, no es posible aislar las teorías sobre la aplicación o razón de la aplicación extraterritorial del derecho extranjero, sin referir las dos grandes corrientes que han dividido a la doctrina respecto de la naturaleza. El carácter que asume el derecho extranjero ha constituido una de las polémicas que ha dado lugar a tan encontradas como encendidas doctrinas. Las teorías en disputa son aquellas que conceptúan al derecho extranjero como hecho y aquellas que conceptúan al derecho extranjero como derecho.

Abandonando su tradicional fuente (el derecho argentino del que ha-

bía adoptado el Código de Vélez hasta su modificación en el año 1985) a esta última teoría adhirió el CC paraguayo, siguiendo la orientación que ya imprimiera en el Código de Organización Judicial (COJ) en el año 1981, que estableció expresamente en el capítulo introductorio al CC la aplicación de oficio de la ley extranjera competente.

El sistema jurídico nacional abandona el sistema que imponía la necesidad de invocar y probar la ley extranjera competente prevista en el Código de Vélez para ubicarse en una posición de avanzada en el DIPr. En efecto, el art. 22 del nuevo CC impone en forma imperativa al juez la obligatoriedad de aplicación de las leyes –o derecho– extranjeras señaladas competentes. Esta disposición tiene por fuente el artículo XXVII del Título Preliminar del Anteproyecto De Gásperi que sirviera de base a la modificación del CC, que ya contemplaba la aplicación de oficio, facultando a las partes interesadas en su aplicación facilitar la prueba de la legislación extranjera, su contenido, vigencia y texto.

En las disposiciones vigentes, antes de la entrada en vigor del CC sancionado por Ley N° 1183/86, ya en el artículo 9 segunda parte del COJ (Ley N° 879/81) disponía que "(L)a ley extranjera competente será aplicada de oficio por los jueces y tribunales de la República, sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar su existencia, contenido y vigencia". La norma fundamental está contenida en el Título Preliminar del CC, donde de algún modo se pretendió la sistematización de las reglas generales y comunes en materia civil y comercial, específicamente en el mencionado art. 22 CC con el siguiente texto: "(L)os jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas". Agregando que "(N)o se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos".

B) Impacto de la dimensión convencional
en la dimensión autónoma

291. El mencionado art. 2 de la Convención sobre normas generales ha servido de fuente al art. 22 del CC al igual que la norma contenida

en el art. 9 del COJ. Al incluir la Convención una disposición fundamental al desarrollo de la materia e incorporar la obligatoriedad de la aplicación del derecho extranjero competente, que obliga a los jueces a la aplicación de oficio, se ha robustecido el sistema general de aplicación de la norma extranjera competente, por cuanto impone al juez o autoridad la "obligación" de su aplicación, sin supeditarlo a que las partes invoquen y prueben la existencia y vigencia de la ley.

A pesar de que el principio ya estaba contenido en el COJ, la incorporación del mismo en el CC fue ayudando a vencer la resistencia de los órganos jurisdiccionales nacionales a la aplicación de oficio. Antes de la evolución hacia la teoría de la ley extranjera como derecho, las partes debían invocar expresamente la aplicabilidad de la norma o disposición extranjera competente, además debían probar su existencia y validez, esto era, procurar al juez todos los elementos necesarios para conocer e informarse sobre la legislación y su aplicabilidad, lo que hacía que el juez normalmente interpretara esta situación como potestativa y no obligatoria, desestimando por cualquier argucia la aplicación de la ley foránea señalada como competente.

Es importante advertir que la expresión "derecho extranjero" abarca no sólo a la ley sino, además, a otras manifestaciones de aquél, como la jurisprudencia y la costumbre. Queda reconocida a las partes la facultad de "alegar y probar la existencia de la ley extranjera invocada", en la inteligencia de que el ejercicio de este derecho puede muchas veces coadyuvar la labor impuesta a las autoridades. Es por esta circunstancia que en el estudio de comisión del proyecto de convención se prefirió la utilización de la palabra "derecho" extranjero a la de "leyes" extranjeras.

C) Sistematización de las normas de derecho aplicable

292. Aun cuando el ordenamiento jurídico del Paraguay no ha tenido ni tiene en su ordenamiento jurídico un cuerpo orgánico de normas de DIPr, el criterio de establecer reglas generales en el Título Preliminar del CC, y el incluir entre ellas la norma del art. 22 sobre la aplicación de oficio de la legislación extranjera, terminan por estructurar una suerte de sistematización. En efecto, en el Título Preliminar del CC entre los arts. 11 al 26 se establecen reglas de derecho aplicable, complementadas por

diversas normas dispersas en otros títulos del mismo Código o en otras leyes y cuerpos jurídicos. En el art. 11 del CC se regula la existencia, el estado civil, la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas en la República, sean nacionales o extranjeras. En el art. 12 del CC, la capacidad e incapacidad de hecho de las personas domiciliadas fuera de la República. De la capacidad adquirida, en el art. 13, y de la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios substanciales que éste pueda contener, en el art. 14. La regla en materia de bienes está contemplada en el artículo 16 y los derechos de crédito en el art. 17. En el art. 18 del CC el cambio de situación de los bienes muebles, y en el art. 19 se ocupa de los derechos adquiridos por terceros. El art. 20 del CC se ocupa de los derechos de propiedad industrial. En el art. 21 el CC se refiere a los buques y aeronaves. Sobre los actos jurídicos y su forma en el art. 23 y de los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, en el art. 24. El régimen de las sucesiones, en el art. 25. Finalmente, la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituidas en el extranjero se regirán por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República, conforme lo dispone el art. 26.

4. Uruguay

A) Estructura del sector

293. Con anterioridad a 1941, el derecho uruguayo incluía contadas disposiciones de DIPr, las cuales se hallaban dispersas, carecían de un criterio sistemático y a veces entraban en contradicción con los principios de los TM de 1889. Actualmente, las normas de DIPr se encuentran básicamente sistematizadas en el Apéndice del CC, incorporado por Ley N° 10.084, del 4/12/1941 (arts. 2393 a 2405), aunque también hay normas en el Código de Comercio y en diversas leyes especiales. Así por ejemplo, en materia de sociedades comerciales constituidas en el extranjero rige la Ley N° 16.060, del 4/9/1989 (arts. 192 a 198) y la Ley N° 16.497 del 24/6/1994 que refiere específicamente a los representantes de firmas extranjeras. Con relación a la regulación del mercado de valores

y en particular a la emisión de valores de oferta internacional, rige la Ley N° 16.749, del 30/5/1996 (art. 46). Las normas procesales internacionales están recogidas en el Título X (arts. 524 a 543) del Código General del Proceso (Ley N° 15.982, de 29/11/1988).

En la exposición de motivos del proyecto de ley que se incorporó luego al CC como Apéndice, su autor Vargas Guillemette manifiesta que su objeto es poner las disposiciones del CC a tono con las exigencias de las relaciones jurídicas internacionales y la doctrina sustentada en el país desde hacía ya más de medio siglo. El Apéndice condensa en pocos artículos la sustancia jurídica de la doctrina internacional uruguaya, contraria a las orientaciones consagradas en el Código Bustamante y favorable al criterio del domicilio en cuanto a la determinación de las leyes competentes para regir las relaciones jurídicas de carácter personal. Afirma Vargas que la íntima conexión de las normas del Apéndice con los principios sustentados por los TM de 1889 y de 1940 "tiene además la virtud de derivar de éstos, la fuente de interpretación de tales disposiciones", tarea ésta que ha sido desarrollada por la jurisprudencia nacional. La misma idea es extensible al Título X del CGP, donde tal como se manifiesta expresamente en la exposición de motivos, "se ha procurado adecuar la redacción de estos artículos a las normas internacionales vigentes suscritas y ratificadas por el Uruguay".

El sistema de DIPr uruguayo está en vías de ser revisado y actualizado. Por resolución del Poder Ejecutivo N° 652/1998 del 17/8/1998 se creó un Grupo de Trabajo con el cometido de elaborar un anteproyecto de Ley de DIPr sustitutivo del Apéndice del Título Final del CC de la República. La resolución invoca la necesidad de actualizar la normativa existente, dado que durante la vigencia del citado Apéndice "se han producido sucesivos y variados avances en el tratamiento jurídico doctrinario del DIPr".

B) Características de la dimensión autónoma del sistema de derecho aplicable

294. El sector de derecho aplicable del sistema de DIPr uruguayo es básicamente *savignyano*; regula las relaciones jurídicas a través de normas de conflicto clásicas, formales o indirectas, neutrales, abstractas,

elaboradas por el legislador nacional *a priori* del caso concreto. La justicia es en principio formal, y se realiza a través del punto de conexión, que a su vez es producto de una previa opción de política legislativa. No obstante, el juez tiene a su alcance todos los recursos que el propio sistema de conflicto le proporciona para corregir los efectos no deseados a que a veces conduce la aplicación mecánica del mismo. Estos son los (mal) llamados problemas generales del DIPr –calificación, aplicación del derecho extranjero y sus excepciones, reenvío, cuestión previa, etc.– que han sido desarrollados tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia, y modernamente en la Convención de normas generales antes explicada. Estas normas no han sido todavía incorporadas en forma sistemática en la dimensión autónoma, aunque existen disposiciones relativas a alguna de estas cuestiones en el Apéndice (art. 2404 sobre orden público) y en el CGP (arts. 525.3 y 4 sobre aplicación del derecho extranjero y sus recursos, y 525.5 sobre orden público internacional).

295. Tradicionalmente la doctrina (Alfonsín) y la jurisprudencia uruguayas han sido favorables a la aplicación de oficio del derecho extranjero, sin perjuicio de que las partes colaboren con el juez en la tarea de averiguar el contenido, la vigencia y el alcance de dicho derecho. Con anterioridad a la entrada en vigencia del CGP en 1988, no existía norma de fuente interna que regulara expresamente el punto. No obstante, se interpretó siempre por la doctrina y la jurisprudencia que el juez está obligado a aplicar el derecho remitido por su norma de conflicto, tanto cuando éste resulta ser el propio del foro como cuando es un derecho extranjero. A esta conclusión se llegaba ya sea por vía interpretativa de las propias normas de conflicto de fuente interna, o por analogía con las normas de los Protocolos Adicionales a los TM de 1889 y 1940 (art. 2). A partir de la entrada en vigencia del CGP, la solución doctrinaria y jurisprudencial pasó a integrar la dimensión autónoma del DIPr positivo: el art. 525.3 CGP recoge básicamente la misma solución del art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales, estableciendo así soluciones armónicas en las normas de fuente nacional e internacional de nuestro orden jurídico respecto a un punto de tal importancia. El art. 525.3 del CGP, al igual que el art. 2 de la Convención de normas generales, implica la obligación del juez de tener en cuenta no sólo el texto

de la norma extranjera, sino también la aplicación que de él hace la jurisprudencia del Estado al que pertenece. O sea que el juez debe interpretar la norma extranjera conforme a los principios del sistema jurídico al que ella pertenece (Rigaux), y no a los del foro (Tellechea), como ocurriría conforme los postulados de la teoría del derecho propio, en sus dos variantes, de la incorporación y de la recreación.

No obstante, esta regla de interpretación no es absoluta ya que, por ejemplo, en los casos en que haya más de una posición jurisprudencial –lo cual es frecuente– el juez podrá optar por la que considere más adecuada según su propio criterio; cuando haya errores evidentes en la jurisprudencia extranjera, el juez podría "arriesgar una interpretación verdaderamente personal" (Alfonsín). Además de la referida norma específica con respecto a cómo se aplica el derecho extranjero, podría invocarse un fundamento constitucional a la obligatoriedad de la aplicación de oficio del derecho extranjero (Tellechea). La Constitución de la República, en su artículo 23 establece que los jueces "son responsables ante la ley (...) por separarse del orden de proceder que en ella se establezca". Por tanto los jueces deben cumplir con lo que establece la norma de conflicto, incurriendo en responsabilidad constitucional si se apartaran "del orden de proceder que en ella se establezca".

296. El art. 9 de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero dispone que cada Estado parte deberá crear una Autoridad Central. Uruguay, en cumplimiento de la obligación contraída, designó al Ministerio de Justicia en calidad de Autoridad Central por Decreto N° 419/1980, creándose la División Autoridad Central por Decreto N° 68/1981. En 1985, ante la eliminación del Ministerio de Justicia (Ley N° 15.751, de 24/6/1985), la Autoridad Central pasó a la órbita del Ministerio de Educación y Cultura, y no a la del Poder Judicial. La finalidad perseguida fue la de salvaguardar la independencia de los jueces, establecida en las normas ya citadas. Fue así que el Decreto N° 407/1985, de 31/7/1985, creó como dependencia del Ministerio de Educación y Cultura la "Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional".

Los objetivos, funciones y cometidos de la Autoridad Central son los siguientes:

"a) Responder por sí o cometiendo la respuesta, las consultas provenientes del exterior acerca del derecho interno e internacional privado de la República, así como aquéllas provenientes de organismos públicos nacionales referidas al contenido y vigencia del DIPr del país o de un derecho extranjero.
b) Actuar como órgano de recepción y expedición de rogatorias desde y hacia el exterior.
c) Asesorar, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la elaboración de normas de DIPr y en convenios internacionales de cooperación cultural." (art. 3 del Decreto 407/1985).

297. El CGP establece en su art. 143: "(E)l Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo". Esta solución amplia en materia de mecanismos de información acerca del derecho extranjero parece sumamente adecuada, no sólo desde el punto de vista teórico –por recoger en una fórmula clara y sintética la doctrina más recibida y las soluciones interamericanas vigentes– sino también práctico, ya que le permite al juez un amplio margen de maniobra frente a situaciones concretas para utilizar todos los medios a su alcance a efectos de cumplir su cometido de aplicar el derecho extranjero tal como lo haría el juez del Estado al que pertenece la norma, pero sin perder su independencia como decisor.

C) Jurisprudencia

298. En el caso *Corrit* (JLC3°, 15/5/1974; confr. TAC, 11/5/1976) se admitieron diversos medios de información de los derechos extranjeros que resultaban competentes para regular las distintas categorías en juego, como fotocopias legalizadas de los textos legales, informes periciales de diversos especialistas, obras de doctrina, etcétera.

En el caso *Cosco* (JLC 17°, N° 42, 24/10/1994 y TAC 3°, N° 8, 12/2/1996), reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de transporte marítimo en una exportación de Uruguay a China, la norma de DIPr uruguaya aplicable en el caso (el art. 2399 CC) nos remitía al derecho chino, por lo que las partes agregaron los textos legales chinos autenticados, documentación y opiniones periciales. Am-

bas partes coincidieron en que, de acuerdo con el art. 525.3 CGP, la ley extranjera debe aplicarse como lo harían "los tribunales del Estado a cuyo derecho pertenezca la norma respectiva". Como las partes en el conocimiento de embarque se habían sometido a la Convención de Bruselas de 1924 y el derecho chino admite la autonomía de la voluntad, las partes estuvieron de acuerdo en que las reglas de dicha Convención resultaran aplicables. Sin embargo, hubo una controversia (muy larga de explicar con detalle en esta sede) en orden a la interpretación concreta de sus normas sobre responsabilidad, que los tribunales uruguayos decidieron de acuerdo a la pretensión del actor (también uruguayo). La controversia estaba relacionada con el art. 2 de la Convención de normas generales y, concretamente, a su mandato de aplicar el derecho extranjero "tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable". La parte china entendía que dicho derecho era el derecho referido en la remisión original del art. 2399 CC uruguayo (el derecho chino) y la parte uruguaya que el texto se refería al derecho aplicable por la elección de las partes, vía autonomía de la voluntad permitida por el derecho chino e indirectamente por la parte final de la norma uruguaya. Los tribunales dieron la razón al actor sobre la base del art. 525.3 CGP, que se refiere expresamente a "los tribunales del Estado a cuyo derecho pertenece la norma respectiva". En consecuencia, entendieron sagazmente que la Convención de Bruselas debía interpretarse como lo hubieran hecho los tribunales a cuyo derecho positivo esa Convención se haya incorporado (pertenezca) y no a los tribunales de un país que ni siquiera la ratificó (que era el caso de China). Demás está decir que la interpretación tenida en cuenta por los tribunales uruguayos, que era la dominante en los Estados parte de la Convención, conducía a una indemnización mucho más elevada que la interpretación habitual de la jurisprudencia china y que pretendió, sin suerte, la parte demandada.

Bibliografía complementaria

FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "Aplicación de derecho extranjero: sentido y alcance del art. 525.3 CGP", *RTYS*, 10, 1997; GOLDSCHMIDT, W., "El fraude a la ley en el derecho internacional privado sucesorio", *LL*, 1981-C, pp. 61-67; GOLDSCHMIDT,

W., "El primer caso de calificaciones en la jurisprudencia argentina", *JA*, 8, pp. 943-948; MAEKELT, T.B. de, *Normas generales de derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984; MALBRÁN, M., "Normas de policía y normas coactivas en el derecho internacional privado argentino", *LL*, 1982-D, pp. 498-505; NAJURIETA, M.S., "Orden público internacional y derechos fundamentales del niño", *LL*, 1997, pp. 1-4; OPERTTI, D., "Ley aplicable y pautas para la aplicación de un derecho extranjero", *RTYS*, 10, 1997; PERUGINI, A., "Aplicación del derecho extranjero de oficio y calificaciones en el derecho internacional privado argentino. La apariencia de la cuestión previa", *LL*, 1984, pp. 560-567.

Sección IV
Problemas del proceso "internacional" y cooperación jurídica internacional

Capítulo 8

Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional

Eduardo Vescovi*

I. Introducción

299. Normalmente los casos de derecho internacional privado, aquellos que involucran cuestiones que se conectan con más de un orden jurídico, se plantean ante los tribunales nacionales de los Estados. En efecto no existen en la región –por el momento– tribunales internacionales. Sólo en el ámbito del derecho comunitario, y para violaciones de normas y principios de esa rama jurídica, comienza a gestarse la posibilidad de existencia de tribunales internacionales, por ahora *ad-hoc* y de tipo arbitral.

Los asuntos internacionales pues, se ventilan ante los tribunales comunes de los Estados, lo cual coloca en primerísimo plano el tema de la jurisdicción. Pero también la circunstancia de que asuntos internacionales se tramiten ante tribunales nacionales obliga a enfrentar otro tipo de problemas: el primero de ellos, el de la propia ley aplicable al proceso. Si se lleva a cabo un juicio en un Estado, y se trata de un caso de derecho internacional privado, es posible que el juez deba aplicar derecho extranjero. Atento que en un mismo proceso puede resultar aplicable un derecho extranjero, será necesario determinar qué aspectos son regulados por el derecho extranjero y cuáles quedan sometidos al derecho procesal del foro.

---

* En colaboración con Cecilia Fresnedo de Aguirre.

Otro de los problemas es el de la extranjería procesal. No necesariamente tiene que suceder, pero sí es lo más frecuente, cuando estamos frente a un caso de derecho internacional privado, que los litigantes pertenezcan a distintos países. No nos detendremos ahora en si se trata de un tema de nacionalidad, de domicilio, de centro de vida, o de ubicación del centro de intereses. Lo cierto es que por cualquier razón, a menudo uno de los litigantes no está vinculado al orden jurídico del Estado del lugar del proceso, circunstancia ésta que históricamente ha acarreado para el litigante foráneo todo tipo de dificultades, tanto desde el punto de vista legal o normativo, como desde el punto de vista práctico.

II. Derecho aplicable al proceso

300. Frente a un caso de derecho internacional privado, por definición hay más de un orden jurídico involucrado en el asunto. Pero la cuestión no se agota en determinar cuál es la ley aplicable al proceso y cuál es la ley aplicable al fondo del asunto, sino que lo fundamental –y ciertamente lo más difícil a veces– es determinar cuáles son los aspectos procesales y cuáles los aspectos de fondo. Problema de calificación que muchas veces resulta realmente arduo.

1. La aplicación de la *lex fori* como regla general

301. El principio general en la materia es la aplicación de la *lex fori*. Las formas del procedimiento son territoriales, se regulan por la ley del lugar en el cual el proceso se tramita. Esta máxima, de antigua data, continúa siendo el principio básico de derecho procesal internacional. Más adelante veremos que puede tener algunas excepciones, y también veremos hasta qué punto ciertos casos que tradicionalmente se han considerado excepciones, realmente lo son. El derecho procesal es derecho público, como tal normalmente es territorial; no obstante, como ya lo anunciamos, hoy se admite sin mayor dramatismo la posibilidad, en ciertos casos, de aplicación extraterritorial de normas procesales.

La circunstancia de que la ley que regula el proceso sea la ley local parece algo natural y lógico. Como sabemos, la posibilidad de aplicación de la ley extranjera es un ingrediente básico del derecho internacional privado. Alguien podría decir que no se ve la razón por la cual si un juez puede aplicar ley extranjera para resolver un asunto (un tema contractual o extracontractual, por ejemplo) no pueda también tramitar un juicio conforme a la ley de otro Estado. No decimos que esto sea imposible, ni siquiera poco factible, decimos simplemente que no es lo más adecuado. En efecto, no hay ninguna razón para dejar de aplicar a los juicios las leyes locales; el derecho procesal es instrumental, las formas del procedimiento están muy arraigadas en los países –especialmente en los jueces– y sería realmente problemático y poco práctico, además de inconducente, modificar esta regla. Sin embargo, lo reiteramos, cuando alguna razón pueda justificar cierta variación, el propio derecho positivo se ha encargado de consagrar la posibilidad de excepción.

302. Desde el punto de vista del derecho positivo las normas vigentes consagran esta solución en forma unánime. En el ámbito del MERCOSUR podemos citar, en primer término, al art. 1° de los Tratados de derecho procesal de Montevideo, tanto el de 1889 como el de 1940. La normativa procesal moderna nacida del ámbito mercosureño ha abarcado muchos aspectos, pero en ningún protocolo se ha abordado específicamente el tema de la ley aplicable al juicio. En el ámbito nacional uruguayo, el CGP consagró el principio de la aplicación de la *lex fori* a los procesos e incidentes en su art. 525.1.

303. Como ya lo señalamos, habiendo quedado ya claro el principio, resulta esencial para su correcta aplicación realizar un preciso deslinde entre lo procesal y lo sustancial. Resulta esencial pues distinguir entre lo ordenatorio y lo decisorio, entre los procedimientos para decidir y los motivos para decidir, entre las normas referentes a la regulación del proceso –derecho adjetivo– y las normas referentes al mérito de la causa –derecho sustantivo–. La determinación, pues, acerca de si un aspecto es sustancial o procesal resulta fundamental, ya que de ello depende qué ley ha de aplicársele. Partimos de la base que un proceso se desarrolla en un Estado, y la ley aplicable al fondo del asunto es extranjera. Será enton-

ces un tema de calificación, y frente a cada problema planteado deberemos decidir si se trata de una cuestión procesal o sustancial, para aplicarle la norma correcta.

Descontamos que se advierte la tremenda importancia de esta cuestión. Si se discute, por ejemplo, acerca de si un pagaré está prescripto o no, puede suceder que la ley del lugar del proceso marque una prescripción de dos años, y la ley de fondo –por ejemplo la ley del lugar de emisión o creación del documento– marque un plazo diferente, mayor o menor. En tal caso, nada más ni nada menos que la suerte misma de la pretensión dependerá de la manera como califiquemos el tema de la prescripción: según lo consideremos sustancial o procesal, resultará aplicable la ley del lugar del proceso o la ley de fondo, y por tanto habrá o no de considerárselo prescripto.

Claro, en la mayoría de los casos el tema no arroja dudas, resulta relativamente sencillo distinguir lo procesal de lo sustancial. Sin embargo, en no pocas situaciones, se plantean casos dudosos, zonas grises, cuestiones discutibles, sobre las que doctrina y jurisprudencia se han ocupado, a veces durante siglos, sin que se haya arribado a un acuerdo total. Excedería el marco de este capítulo encarar un análisis profundo de los argumentos que se han dado con relación a estos temas ciertamente opinables; sólo mencionaremos brevemente algunos de ellos.

Uno fue el tema del ejemplo: se ha discutido acerca del carácter procesal o de fondo de la prescripción extintiva: que es sustancial porque se vincula con la posibilidad o no de ejercer un derecho de fondo; que es procesal porque puede y debe ser opuesta en juicio y porque el objeto del instituto es establecer ciertos plazos dentro de los cuales debe deducirse demanda ante los tribunales de un determinado país. Para Gonzalo Ramírez, padre de los TM, era un tema sustancial, propio de la ley civil, decía que la misma ley que rige los contratos debe regir los modos de extinción de las obligaciones que de ellos se derivan. Esta es también la posición de la doctrina consagrada en los TM, arts. 51 y 52 de 1889 y 1940, respectivamente.

Respecto a otros temas también se ha suscitado la duda, por ejemplo para la perención de la instancia, las obligaciones naturales, la circunstancia de si la demanda judicial vale o no como acto de constitución en mora, la condena preceptiva al pago de las costas y costos del proceso,

etc. También resultan opinables, sobre su carácter sustancial o procesal, ciertas cuestiones referentes a la prueba, como puede ser el propio tema de la carga de la prueba. Como vemos, no son pocas las situaciones en las que puede resultar difícil u opinable la decisión; y tampoco es poco trascendente la decisión que se tome.

2. Excepciones a la aplicación de la *lex fori*

304. Dividiremos el tema en dos partes; dejaremos para el final algunas que consideramos verdaderas excepciones, y trataremos a continuación el tema de la ley aplicable a la prueba, tema al cual, tradicionalmente, se le asignó carácter excepcional respecto a la regla de que los juicios se tramitan conforme a la ley del lugar del proceso. En nuestra opinión, a poco que se reflexiona sobre el tema, se advierte que, más que una excepción, la regulación de la prueba es la confirmación del principio general de que lo procesal se regula por la *lex fori*, y lo sustancial puede regularse por otra ley. Veamos.

Dentro de las múltiples cuestiones referentes a la prueba en un juicio (forma de presentación, plazos de presentación, admisión, valoración, carga, etc.) es evidente, a nuestro entender, que algunas se vinculan fundamentalmente con los aspectos procedimentales y otras se relacionan más fuertemente con los temas de fondo, sustanciales. La regulación positiva, que está fundamentalmente en los TMDProcI de 1889 y 1940 (arts. 2 de ambos Tratados), confía a la ley a que está sujeto el acto jurídico materia del proceso, la admisión y la valoración de la prueba.

Todos los órdenes jurídicos reglamentan, a veces de modo diferente, el tema de la admisión de la prueba. Se trata de saber si determinados medios de prueba pueden o no ingresar al proceso. La grabación de una conversación telefónica, las cartas misivas dirigidas a terceros, la administración del suero de la verdad, la confesión, entre otros, constituyen medios de prueba sobre los que los diferentes sistemas jurídicos tienen posiciones divergentes; el tema se plantea con singular intensidad en la materia penal, pero también es importante en la esfera civil. La cuestión de la admisión o no de un medio de prueba, a mi juicio, es fundamentalmente sustancial.

Con la valoración sucede algo similar. Los diversos sistemas jurídicos combinan casi siempre, según sea el caso, los diversos sistemas de valoración de la prueba: el sistema de la prueba tasada o valoración legal rígida, el sistema de la sana crítica y el de la libre convicción del magistrado. Al igual que la admisibilidad, la valoración de la prueba es una temática sin duda fuertemente vinculada a los aspectos sustanciales del proceso.

Entonces, más que excepciones, la regulación acerca de estos dos temas de admisibilidad y valoración de la prueba, sigue el principio general. Los aspectos de la prueba que son realmente procesales, o para decirlo mejor, procedimentales, se rigen por la ley del proceso. Así, la forma de presentación o solicitud de la prueba, los diversos momentos, plazos o circunstancias del proceso en los que se puede presentar la prueba (con la demanda o luego de ella, la prueba tardía), la oposición a la prueba presentada y su sustanciación, son todos aspectos típicamente procedimentales y se regulan por tanto por la ley procesal (*lex fori*). En cambio, los aspectos más vinculados con la parte sustancial del proceso, como lo son sin duda la admisión y valoración, se rigen por la ley a que está sujeto el acto jurídico materia del juicio.

Claro que como la ley de fondo puede ser la extranjera, las normas prevén especialmente que, si bien la admisibilidad se regula por la ley de fondo, en caso de que se trate de ingresar al juicio una prueba prohibida por la ley del lugar del proceso, el juez deberá impedirlo. Se trata de la aplicación concreta de la excepción de orden público internacional al tema de la admisión de la prueba. Como siempre, lo normal es la aplicación de la ley extranjera; pero si la aplicación de esa ley –en el caso si admite una prueba prohibida en el Estado en el que se desarrolla el proceso– confronta con una norma prohibitiva del foro, el juez puede rechazar su aplicación y, consiguientemente, rechazar esa prueba. En conclusión, nos parece que también la prueba tiene una parte decisoria y una parte ordenatoria, y que la parte decisoria está justamente relacionada con la admisibilidad y la valoración de la prueba. Por lo tanto es razonable, lógico y adecuado que se confíe su regulación a la ley sustancial, reservando para la *lex fori* los aspectos típicamente procedimentales de la prueba.

305. También en materia de prueba hay situaciones confusas o circunstancias límites, que pueden resultar opinables. Ya mencionamos el tema de

la carga de la prueba, sobre cuya pertenencia al campo procesal o sustancial existe una amplia literatura, y sobre el cual, a mi entender, no es posible aún formular una opinión definitiva general, sino que debe analizarse cada caso concreto. Otra de las cuestiones que ha suscitado polémicas con relación a la prueba es el tema de las presunciones, cuya naturaleza híbrida entre lo sustancial y lo procesal sigue preocupando a los autores.

Como lo adelantáramos, existen casos en los que sí es posible la aplicación extraterritorial de la ley procesal, por lo que constituyen verdaderas excepciones al principio general. Normalmente los exhortos y las cartas rogatorias, una vez llegados al Estado requerido, se tramitan conforme a sus leyes y normas procesales. No obstante se admite que, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, se pueda otorgar al exhorto una tramitación especial o aceptarse la observancia de ciertas formalidades adicionales o procedimientos especiales en la práctica de la diligencia solicitada, a menos que sean incompatibles o contrarias a la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste. Esta solución está consagrada en el art. 10 de la Convención interamericana de exhortos o cartas rogatorias de Panamá (CIDIP I, 1975) y en los arts. 5 y 6 de la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero, también de CIDIP I.

III. Problemas de extranjería procesal

1. Aspectos generales

306. Ya señalamos que resulta frecuente que cuando se tramita un proceso relacionado con un caso de DIPr, una de las partes es un litigante extranjero. Normalmente, en nuestra región, no se hace hincapié en el tema de la nacionalidad, sino que, independientemente de ésta, la condición de litigante extranjero está referida al domicilio. La nacionalidad sigue teniendo un margen de acción en los países europeos continentales, algunos de los cuales siguen manteniendo normas que contienen auténticas discriminaciones a los litigantes que no detentan la nacionalidad del foro. Claro que esas discriminaciones no resultan operativas en el marco de la UE, respecto de los nacionales de otros Estados miembros, en virtud del principio (básico en el derecho comunitario europeo) de no

discriminación por razón de nacionalidad. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente en la última década el Tribunal comunitario.

Los sistemas de derecho procesal comparado han contenido históricamente múltiples ejemplos de situaciones de discriminación hacia el litigante foráneo. Sabido es que para cualquier persona, el simple hecho de tener que ir a litigar a un lugar alejado de su domicilio, más si se trata de otro país, supone, generalmente, un grave contratiempo. Las personas tienen en el lugar en el que residen otras posibilidades. Generalmente tienen o conocen algún abogado, la proximidad del tribunal facilita las cosas en todo sentido, pues, entre otras ventajas, les da facilidad de acceso, menores costos, etc. Generalmente también pueden tener bienes en ese lugar, personas conocidas, lo que les facilita la posibilidad de otorgar cautelas, reales o personales, convocar testigos, etc. No creemos expresar pues ninguna novedad al decir que, en líneas generales, es mucho más sencillo y conveniente pleitear ante los tribunales del propio domicilio, que tener que presentarse, sea como actor o demandado, en una causa en el extranjero. Quizás el extraordinario avance de las comunicaciones haya mitigado la diferencia, pero no cabe duda que la misma continúa existiendo y tiene su peso en los múltiples aspectos que rodean a una situación conflictiva judicial.

Lamentablemente, al no existir tribunales internacionales –lo que tampoco solucionaría totalmente el problema–, no queda otro remedio, la sede del tribunal se encuentra generalmente en el domicilio de alguno de los litigantes, lo que, ya de por sí, supone una ventaja.

307. Pero los problemas de la extranjería procesal han superado en mucho históricamente estas cuestiones. Porque no sólo existía una diferencia natural y práctica como los ejemplos que antes señalamos, sino que la situación se tornaba aún peor para el litigante foráneo, pues los sistemas positivos contenían normas expresas que los discriminaban, que hacían todavía más difícil su situación.

Algunos sistemas procesales contenían normas fuertemente discriminatorias, desventajas de carácter muy severo. Por ejemplo en materia probatoria, para imponerle al extranjero la carga, o para atribuirle un resultado contrario a su interés en caso de imposibilidad o ausencia de prueba. Algunos sistemas jurídicos distinguen, aún hoy, para conceder o

no la extradición, si se trata de un extranjero o un nacional del Estado al cual se le solicita la extradición. Inclusive ese tipo de norma se encuentra en algunos convenios internacionales. Los autores no se suelen alzar contra este tipo de norma, pues le encuentran justificación en un supuesto derecho de protección de los propios nacionales por parte del Estado requerido. A nosotros nos parece igualmente odiosa que todas las demás discriminaciones.

Han existido –y aún existen en el derecho comparado– otras discriminaciones típicamente procesales. En algunos Estados la condición de que el demandado se domicilie en el extranjero es ya prueba suficiente del peligro de lesión o frustración del derecho, y habilita al actor a solicitar y obtener medidas cautelares. Quizás los ejemplos más conocidos y comentados de discriminación hacia el litigante foráneo sean el de la fianza de arraigo y el del costo que supone, desde todo punto de vista, la obligación de litigar fuera del propio país. No obstante, se trata de una institución en franco retroceso, que viene siendo descartada en las convenciones internacionales desde hace ya bastante tiempo, como en la Convención de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 (art. 17).

2. Derecho a la justicia gratuita

308. Como ya se explicó, uno de los problemas fundamentales que enfrenta una persona que debe litigar en el extranjero, es el del costo de su defensa. Dicho costo o peso económico tiene que ver con varias situaciones diversas: desde los traslados, que pueden ser reiterados, pasando por los tributos, y llegando al tema de los honorarios profesionales, son todos temas que merecen consideraciones independientes.

El tema de los traslados, de la presencia en el tribunal, aparece como inevitable. Si el litigante quiere "seguir de cerca" el proceso, asistir a las audiencias, debe trasladarse irremediablemente. Si no es así, puede perfectamente otorgar un poder al profesional que lo asiste. Ahora bien, existen instancias procesales que exigen la presencia de la parte sustancial. No nos referimos al caso del CGP uruguayo que exige la presencia de la parte sustancial en la audiencia preliminar y sanciona severamente la no concurrencia, pues la jurisprudencia ha mitigado acertadamente la

dureza de la norma, aceptando como causa justificada para comparecer por poder, el domicilio en el extranjero. En caso de absolución de posiciones o interrogatorio de parte, el propio litigante puede ser obligado, aunque más no sea en una ocasión, a concurrir personalmente al tribunal, lo que indudablemente, en ciertos casos, le puede resultar no sólo incómodo, sino también muy oneroso en comparación con el monto del juicio o con sus propias posibilidades económicas.

309. Pero fundamentalmente el tema de la gratuidad de la justicia se relaciona con los otros dos tópicos mencionados: los tributos y los honorarios judiciales. Por fortuna existen al respecto algunas previsiones legales. Desde nuestro punto de vista el principio del acceso a la justicia es uno de los principios fundamentales de derecho procesal internacional, y justamente el tema de la gratuidad es uno de los aspectos principales que involucra el tema de acceso a la justicia.

En la mayoría de los Estados los diversos actos procesales están gravados: diversos tributos, timbres, tasas, aportes, de distinto valor, que se abonan de diferente manera, a veces en atención a la importancia de la causa, en otras ocasiones hay tributos fijos. Pero también en todos los Estados existen sistemas de exención respecto de estos tributos, para casos especiales, en general vinculados con la situación económica o de ingresos del litigante, como lo son, por ejemplo, la auxiliatoria de pobreza u otros regímenes similares.

El otro tema es el de los honorarios profesionales. En todos los países existe la defensa privada, para quien puede pagarla, el litigante contrata el profesional que desea y conviene con él la cantidad o porcentaje y la forma de pago. También en todos los países existen sistemas de defensa o asistencia letrada gratuita para quien no puede pagar un abogado particular; a veces el propio Estado organiza la defensa gratuita o de oficio, en otras ocasiones se encargan de ello otras instituciones.

310. Ahora bien, el problema es que los Estados que brindan exenciones tributarias o sistemas de asistencia gratuita, conciben y organizan estos beneficios pensando en los habitantes del propio país y solamente cuando deben litigar ante los tribunales nacionales, y no en los litigantes extranjeros. El tema ha preocupado desde tiempo atrás y existen pre-

visiones expresas al respecto que permiten el reconocimiento extraterritorial de esos beneficios.

La Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias establece en su art. 8.c, cuando regula los documentos que deben acompañar la rogatoria para ser entregados al citado, que le deberá brindar "información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente". La norma prevé la hipótesis de que el citado o emplazado por exhorto para comparecer a defenderse en un proceso extranjero, no tenga recursos para hacerlo, entonces exige que, ya al notificarlo, se le informe acerca de la existencia y dirección de instituciones que le pueden proporcionar defensa letrada gratuita. Si bien la norma no reconoce directa y expresamente la posibilidad de que una institución de asistencia letrada gratuita ampare a un litigante domiciliado en el extranjero, está presuponiendo que es así, al exigir que se le proporcionen los datos.

En sentido similar, en art. 12.3 de la mencionada Convención, prevé que el beneficio de pobreza se regulará por las leyes del Estado requerido. Esta norma supone el reconocimiento extraterritorial del beneficio de pobreza, el que, una vez obtenido, ha de ser reconocido en los restantes Estados.

Sin bien desde el punto de vista normativo estos temas todavía no tienen una regulación general y adecuada, se puede decir que la tendencia es hacia el reconocimiento extraterritorial de los beneficios, tanto de exenciones tributarias como de defensa legal gratuita, cuando el litigante, por más que sea extranjero o se domicilie en el extranjero, justifica su condición, o demuestra que ha obtenido el beneficio en el país de su residencia.

3. Caución de arraigo en juicio

311. La fianza de arraigo ("*cautio iudicatum solvi*") es una exigencia que muchos códigos procesales exigían –otros aún lo hacen– al actor cuando se domiciliaba en un Estado distinto al del proceso, para poder seguir el juicio contra un litigante local. Se trataba, sin duda, de una fuerte discriminación hacia el litigante extranjero, quien no sólo tenía todas las desventajas naturales de serlo, sino que, además de tener que

perseguir el reconocimiento de su derecho ante un foro extranjero, su condición de actor foráneo lo hacía merecedor de tener que afianzar –en forma personal o real– las resultancias del pleito, o las costas y daños en los que pudiera ser condenado. Como generalmente el actor extranjero no tiene personas conocidas en el lugar del foro, en la práctica debía caucionar en forma real, o en efectivo. La fianza de arraigo estaba establecida en los códigos, casi siempre, como una excepción previa, de modo que el actor podía presentar la demanda, pero si el demandado local le oponía la excepción –cosa que hacía siempre, pues no había ninguna condición para la oposición de la excepción–, el juicio quedaba paralizado hasta tanto el actor afianzara la suma que se le había exigido.

Este tipo de discriminación, tan severa, ha sido objeto de críticas desde mucho tiempo atrás. La propia legislación internacional ha reaccionado tempranamente contra esta exigencia. Se mencionan, en el ámbito europeo, el caso de numerosísimos acuerdos consulares que en materia de comercio establecían en favor de los extranjeros "el libre y fácil acceso a los tribunales"; también el caso específico de la Convención de La Haya relativa al procedimiento civil de 1954. Estos ejemplos permiten apreciar que el tema no es nuevo. En el ámbito americano el Código de Bustamante, a diferencia de los Tratados de Montevideo que no se ocupan específicamente del punto, dispone que no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en cuanto a la prestación de fianza para comparecer en juicio (art. 387).

312. La tendencia global indiscutible es hoy hacia la eliminación de todo tipo de discriminación procesal, sea cual sea la nacionalidad o el domicilio del litigante. Dentro del ámbito del MERCOSUR el derecho positivo ha acompañado esta evolución, desde los años ochenta. La primera muestra de ello es, sin duda, el Convenio sobre igualdad de trato procesal y exhortos suscripto entre Argentina y Uruguay en 1980. Mediante dicho Convenio, los Estados parte se comprometen a que sus tribunales brinden a los litigantes domiciliados en el otro Estado parte idéntico tratamiento procesal que el que brindan a sus propios litigantes. Años más tarde Uruguay suscribió convenios similares con Perú y Chile.

En el ámbito interno –pero vinculado al tema internacional– Uruguay aprobó en 1989 su reforma procesal, y quitó del artículo que regula las

excepciones previas la de fianza de arraigo, acompañando así con su legislación autónoma de derecho internacional la evolución operada.

Finalmente, pueden mencionarse, en el ámbito del MERCOSUR, y en la presente década, dos nuevos textos convencionales que se ocupan del tema. El primero es el Protocolo de Las Leñas, que en su Capítulo III –arts. 3 y 4– en el primero de los artículos citados, consagra con carácter general la igualdad de los ciudadanos y residentes permanentes de todos los Estados en cuanto al libre acceso a la jurisdicción; y en el art. 4, en forma específica y concreta, la prohibición de exigir caución o depósito en razón de su calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado parte. El segundo texto es el Convenio bilateral Brasil-Uruguay ya mencionado, que en su art. 21 consagra con carácter general la igualdad de trato procesal de los ciudadanos y residentes permanentes de un Estado parte para acceder a los órganos judiciales del otro, en defensa de sus derechos e intereses.

Es de esperar que en un futuro cercano todos los Estados ajusten sus legislaciones internas a los tiempos que corren, depurando sus órdenes procesales de todo tipo de discriminación, sea de la naturaleza que sea, para hacer real y efectivo el principio de igualdad ante la ley y el respeto del derecho fundamental al acceso a la justicia. Que se sigan multiplicando los convenios y tratados internacionales sobre el tema, perfeccionando la regulación, haciendo más claros los textos normativos. Y, sobre todas las cosas, lo que es más importante, aunque no existan o se hallen en proceso rápido de extinción las normas discriminatorias, no le agreguemos al litigante extranjero –que ya de por sí está en desventaja– discriminaciones "de hecho", de carácter práctico, aun sin que sea a conciencia, pues debemos tener bien presente que la xenofobia opera a veces de modo imperceptible.

IV. Problemas procesales de la aplicación del derecho extranjero

1. Invocación y prueba del derecho extranjero por las partes

313. La consecuencia procesal de la teoría del hecho es que el juez aplica el derecho extranjero a pedido de parte y no de oficio, lo cual im-

plica que las partes deberán invocar y probar ese derecho, facilitando enormemente la tarea del juez de averiguar el contenido del mismo. Al considerar que el derecho extranjero es un hecho, el tratamiento procesal que se le da a ese elemento del proceso es el mismo que se le da a los demás elementos de hecho: las partes deben alegarlos y probarlos, lo cual implica una gran comodidad para el juez. Pero por otro lado tiene un inconveniente importante, y es que el juez se ve limitado a la actividad de las partes: si éstas no lo alegan ni lo prueban, el juez no podría aplicarlo, con lo cual estaría incumpliendo el mandato de la norma de conflicto de su sistema de DIPr.

Otras consecuencias procesales de la teoría del hecho son que el derecho extranjero sería renunciable, que no podría invocarse en segunda instancia y que no sería susceptible de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico del foro contra los errores de derecho (Tellechea). Dado que el derecho extranjero sería renunciable, el DIPr se transformaría en facultativo, lo cual resulta una consecuencia muy peligrosa (Boggiano, Solari), pues su funcionamiento dependería exclusivamente de la actitud que asumiera la parte interesada. Haría factible incluso eventuales maniobras de las partes tendientes a obtener un resultado diferente al querido por el legislador. Una posible solución a este problema sería el considerar al derecho extranjero un hecho notorio. La teoría del hecho notorio implica que el juez podría tenerlo en cuenta oficialmente aunque las partes no lo probaran. Esta teoría es sustentada por Goldschmidt, quien afirma que "en realidad, el derecho extranjero constituye un hecho notorio, lo que no quiere decir un hecho que todo el mundo tenga presente, sino un hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico".

La teoría del hecho surge entonces como una forma de solucionar las dificultades prácticas que se le plantean al juez cuando debe aplicar derecho extranjero. Y esto se manifiesta en el hecho de que en general es la jurisprudencia la que adhiere a esta teoría, mientras que la doctrina se opone mayoritariamente a ella. Con respecto a esas dificultades prácticas cabe señalar que hoy día el propio sistema de DIPr proporciona mecanismos al juez que le posibilitan y le facilitan esta tarea de averiguar el contenido, la vigencia y el alcance del derecho extranjero (ejemplo: Convención interamericana sobre prueba e información acerca del dere-

cho extranjero, aprobada en la CIDIP II), pero cuanto más atrás en el tiempo vayamos, las dificultades sin duda eran mayores. Ya en 1775, Lord Mansfield afirmó en un fallo, en este mismo sentido, que "(...) la forma de conocer las leyes extranjeras es admitiendo que sean probadas como hechos (...)", dejando traslucir que se trataba de una necesidad práctica frente al problema del juez de averiguar el contenido del derecho extranjero, y no de un fundamento jurídico lógico.

Desde entonces, la solución tradicional en el *common law* fue la de considerar al derecho de cualquier Estado diferente al del juez –ya sea *otro Estado de la Unión en Estados Unidos o un Estado extranjero*– como un hecho, el cual debe ser probado como cualquier otro hecho en el caso, conforme a las reglas que rigen la prueba de los hechos. Pero esta regla tradicional del *common law* se ha ido revirtiendo en varios Estados de la Unión y particularmente en el derecho federal, siendo la tendencia actual a considerar el derecho extranjero como derecho, el cual debe ser averiguado por el juez con la ayuda de las partes. La *"Rule 44.1 of the Federal Rules of Civil Procedure"* autoriza al juez a determinar como cuestión de derecho el derecho de un Estado extranjero (Leflar, McDougal & Felix, Scoles & Hay). La nueva tendencia ha sido plasmada así en una norma procesal del sistema federal, y a su vez se ha incorporado en varias legislaciones estatales de varios Estados de la Unión.

314. Tanto en el sistema de los Tratados de Montevideo (arts. 2 de los Protocolos Adicionales a los TM de 1889 y de 1940) como en el de las Convenciones interamericanas (art. 2 de la Convención sobre normas generales), la colaboración de las partes con el juez a efectos de proporcionarle información acerca del derecho extranjero aplicable es una mera facultad, y no una obligación. En consecuencia, la falta de colaboración de las partes es jurídicamente irrelevante, ya que no exime al juez de su obligación de aplicar preceptivamente el derecho extranjero que resulte competente en virtud de la norma de conflicto. Desde el punto de vista práctico, se le podría dificultar un poco la tarea al juez pero no de manera significativa, ya que éste deberá siempre corroborar la información que le presenten las partes. Es habitual que cada una de las partes trate de demostrar que el texto, vigencia, interpretación, contenido, alcance y demás del derecho extranjero aplicable es el que más conviene

a sus intereses, por lo cual el juez, en la diaria realidad, no se libera de su tarea de averiguar por sí mismo y recurriendo a los medios que el sistema jurídico pone a su alcance cuál es el contenido de ese derecho extranjero.

315. En el derecho comparado y en aquellos sistemas en que el juez no está obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero, si las partes no lo alegan y prueban, se han dado, como vimos *ut supra*, distintas soluciones para el caso de defecto de prueba del derecho extranjero, de las cuales la más habitual y práctica es la aplicación de la *lex fori* en forma subsidiaria. La más criticable es el rechazo de la demanda, pues equivale a una denegación de justicia; implica asimilar la prueba del derecho extranjero a la prueba de los hechos. Esta solución ha sido adoptada en algunos fallos en los Estados Unidos, con el argumento de que el actor ha fracasado en la tarea de probar una parte esencial de su caso (Leflar, McDougal & Felix).

2. Participación del juez en la indagación del derecho extranjero

316. Ya en 1889 el art. 2 del Protocolo Adicional de los TM imponía a los jueces la obligación de aplicar de oficio el derecho extranjero, independientemente de cuál fuera la actitud de las partes al respecto. Se adoptó así en el Primer Congreso Sudamericano de DIPr de Montevideo, la solución que proponía Gonzalo Ramírez en el art. 94 de su Proyecto de Código de DIPr, que establecía: "La aplicación de las leyes de un país por los tribunales de otro, en los casos en que este tratado lo autorice, es de riguroso precepto, aun cuando la parte interesada no haya producido prueba sobre la existencia de dichas leyes." El texto del art. 2 del Protocolo de 1889 finalmente aprobado dice: "(S)u aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar o probar la existencia y contenido de la ley invocada". Las partes pueden "alegar y probar el contenido de la ley invocada" pero no están obligadas a ello. Si lo hacen, obviamente le van a facilitar la tarea al juez, pero en caso contrario éste deberá realizar las averiguaciones necesarias para cumplir con su deber de aplicar de oficio el derecho extran-

jero, recurriendo a los mecanismos que su sistema jurídico le proporciona para ello. Téngase presente que aun cuando las partes aleguen y prueben el derecho extranjero, el juez no se limitará a esa información, sino que va a corroborar la información brindada por las partes. La prueba del derecho extranjero tiene una naturaleza diferente a la de los hechos. Así, por ejemplo, no existe en esta materia una carga de la prueba, que recaiga en una de las partes, sino la facultad de éstas de colaborar con el juez en la investigación del derecho extranjero aplicable. Esta cooperación entre el juez y las partes tiende a desarrollarse y a reforzarse en los diferentes países.

317. En 1940 se ratifica la solución de 1889, incorporándose en el art. 2 del Protocolo Adicional de los TM un texto idéntico al anterior. Esta ha sido una solución muy inteligente, que parte de la base de que el juez no puede conocer todos los derechos extranjeros, y por eso deja en libertad a las partes para que colaboren con él. Además, si bien la solución adoptada implica una previa toma de posición respecto a la naturaleza del derecho extranjero (a favor de la teoría del derecho), los delegados a los Congresos de Montevideo de 1889 y de 1940 no incursionan directamente en el polémico tema de la determinación de la naturaleza jurídica del derecho extranjero, sino que simplemente establecen normativamente una solución pragmática: que el derecho extranjero se aplica de oficio (Herbert).

318. La obligación que recae sobre el juez de aplicar de oficio el derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, independientemente de cuál sea la actitud que adopten las partes, ya sea que éstas lo invoquen y lo prueben, o no, constituye la principal consecuencia procesal de la teoría del derecho. Esto sin duda dificulta la tarea del juez, que si no recibe la colaboración de las partes, deberá averiguar solo todos los datos necesarios para aplicar ese derecho extranjero al que la norma de conflicto ha atribuido competencia: su contenido, vigencia, alcance, interpretación, etc. En la práctica y más allá de los mecanismos que le proporciona al juez su propio sistema de derecho internacional privado para lograr cumplir con su cometido, las partes suelen proporcionar al juez información acerca de la norma material extranjera en la cual basan su

acción, sin perjuicio de lo cual el juez tiene mecanismos a su alcance para averiguar por sí mismo o corroborar la información que le brindan las partes.

Otras consecuencias procesales de la teoría del derecho son que el alegar y probar el derecho extranjero constituye una mera facultad de las partes, y no una obligación; si no lo hacen, el juez está igualmente obligado a aplicar el derecho extranjero. El derecho extranjero es irrenunciable; en consecuencia, las partes no pueden optar por aplicar su propio derecho. La no aplicación de ese derecho extranjero o su mala interpretación da lugar a todos los recursos previstos en el derecho procesal del foro, de igual forma que si se estuviera aplicando derecho material nacional.

La aplicación del derecho extranjero da lugar a los mismos recursos procesales que el derecho propio. El art. 3 de ambos Protocolos de los TM, el art. 4 de la Convención de normas generales y el art. 2 del Convenio argentino-uruguayo establecen la admisibilidad de todos los recursos contra la mala aplicación o interpretación del derecho –ya sea que se haya aplicado el del foro o el de cualquier otro Estado parte– otorgados por la ley procesal del foro. Es decir que si la parte considera que el juez ha interpretado o aplicado incorrectamente el derecho material que resultó aplicable en virtud de la norma de conflicto, tiene a su alcance todos los recursos previstos por el derecho procesal del Estado del foro, incluyendo el de casación, ya que éste ha sido "establecido por la norma procesal nacional en forma genérica –sin limitarlo a las infracciones de la *lex fori*–" (Tellechea). Cabe destacar que "atento a la finalidad perseguida por la casación –uniformizar y asegurar la correcta aplicación del derecho– su interposición no puede quedar limitada al estrecho recinto de la ley foral, sino que debe alcanzar a todas las normas jurídicas, inclusive a las extranjeras, que no sólo deben ser aplicadas, sino que además deben serlo en forma correcta" (Tellechea).

319. En 1979, dentro del proceso codificador de las CIDIP, se mantiene básicamente el mismo principio de la aplicación de oficio del derecho extranjero, independientemente de la facultad de las partes de alegar y probar su existencia y contenido (art. 2 de la Convención sobre normas generales). Pero se incorpora un mandato de fundamental im-

portancia: "(...) los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable (...)". Lo que hasta 1979 era una posibilidad, porque el juez con anterioridad a la CIDIP II podía intentar aplicar el derecho extranjero siguiendo lo más fielmente posible la forma en que ese derecho se aplicaba en su Estado de origen, a partir de 1979 pasa a ser una obligación impuesta por una norma de derecho positivo. Este agregado no es casual, sino que se introdujo con una finalidad muy precisa, y es que el juez no lo cambie a ese derecho extranjero remitido por la norma de conflicto, sino que lo aplique tal como lo haría el juez del Estado al que esa norma remitida pertenece. El juez se limita a constatar cómo aplica el juez extranjero su derecho, o sea cómo se aplica el derecho material extranjero en el Estado al que esa norma pertenece, y lo aplica de igual forma. Esto tiene la ventaja de que el juez no va a innovar sobre una materia que no conoce bien.

320. La misma solución del art. 2 de la Convención interamericana fue recogida en el art. 1 del Convenio bilateral uruguayo-argentino sobre aplicación e información del derecho extranjero, del 20 de noviembre de 1980. Esta solución se basa en la "teoría del uso jurídico" de Goldschmidt, la cual parte de la necesidad de tratar con respeto al caso con uno o más elementos jurídicos extranjeros. Ese respeto consiste en "hacer con el caso lo que presumiblemente con él harían en el país al que pertenece". Y agrega Goldschmidt:

> "(...) si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país".

321. ¿"Ley" o "derecho" extranjero? En los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940 se utiliza el término "ley", mientras que en la Convención interamericana y en el Convenio argentino-uruguayo se hace referencia al "derecho" extranjero, siendo esta última expresión más am-

plia, ya que incluye a todas las fuentes de derecho, lo cual es más correcto técnicamente, ya que como sostiene Alfonsín, "el derecho privado aplicable a la relación comprende normas escritas (leyes, decretos...), consuetudinarias (costumbres, usos...) y jurisprudenciales". Esta diferencia terminológica no podría conducir a interpretar que la expresión "ley" en los Protocolos excluye las otras fuentes de derecho (costumbre y jurisprudencia), ya que esta locución es sinónima de derecho aplicable e incluye las normas consuetudinarias y jurisprudenciales.

Coincidimos con Zajtay en que el error de la teoría del hecho es partir de una alternativa exclusiva: o el derecho extranjero es derecho y se le da el mismo tratamiento procesal que a la *lex fori*, o es un hecho y se le da el tratamiento procesal dado a los hechos. La tercera alternativa que propone Zajtay, supone darle un tratamiento procesal especial al derecho extranjero, distinto al tratamiento que se le da a la *lex fori* y distinto al tratamiento que se le da a los demás elementos de hecho del proceso, pues el derecho extranjero no es ni *lex fori* ni un hecho sino que es un particular elemento de derecho del proceso. En este mismo sentido se pronuncian Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, cuando afirman que el derecho extranjero tiene una naturaleza jurídica peculiar, "por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales" (ver también Cap. 6.II.2).

Bibliografía complementaria

BARRIOS DE ANGELIS, D., *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1989; MORELLI, G., *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1953; OPPERTI BADÁN, D., *Exhortos y embargo de bienes extranjeros*, Montevideo, A.M. Fernández, 1976; SILVA, J., *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, México, McGraw-Hill, 1997; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo, Ediciones Idea, 2000.

Capítulo 9

Problemas del proceso "internacional" y cooperación jurídica internacional en los Estados mercosureños

Eduardo Vescovi*

I. Superposición de convenciones internacionales de cooperación jurídica internacional de ámbito "universal", regional, subregional y bilateral

322. Una de las características del DIPr moderno es la profusión de tratados. El avance de las comunicaciones, la creciente internacionalización de la vida de las personas en todos los ámbitos (familia, negocios, etc.), son algunas de las condiciones que provocan el interés de los países y de las organizaciones internacionales por la regulación de las relaciones jurídicas relativas al tráfico externo. Hay pues una necesidad creciente de certeza en el mundo jurídico internacional, y uno de los medios más efectivos para alcanzarla es la suscripción y ratificación de tratados.

323. Los países de la subregión –el MERCOSUR–, más allá de algunos pocos instrumentos bilaterales sobre temas muy puntuales suscriptos a lo largo de todo el siglo, tenían como marco normativo básico común los TM, que Brasil nunca ratificó. Primero los de 1889 y luego los de 1940 constituían la base del DIPr de esta zona del mundo. Hasta mediados de la década de 1970 éste era el panorama. Pero en los últimos veinticinco años la situación cambió por completo. Los TM siguen vigentes en muchas áreas, pero se ha producido un incremento, que a es-

* En colaboración con Cecilia Fresnedo de Aguirre.

ta altura se puede calificar como abrumador, de suscripción y ratificación de nuevos tratados.

En el ámbito regional se pueden identificar dos centros de codificación, dos ámbitos "productores" de tratados, en estos últimos veinticinco años. Por un lado, y por orden cronológico, la CIDIP (Cap. 2.III.2). Obviamente el ámbito de la CIDIP excede el MERCOSUR, pero si analizamos las ratificaciones podemos comprobar que los cuatro países del MERCOSUR se distinguen por un número importante de convenciones ratificadas. Si observamos todos los textos aprobados en las seis primeras ediciones de la CIDIP veremos que varios de ellos se refieren a diferentes aspectos de la cooperación judicial internacional. En la última década el MERCOSUR se ha transformado también en un foro "productor" de tratados de DIPr (Cap. 2.III.3).

No debe olvidarse otra importante fuente de tratados, que es la negociación bilateral. También en las dos últimas décadas hemos asistido a la firma y ratificación de varias decenas de tratados bilaterales entre los países del área, sobre temas puntuales. Además de los tratados bilaterales, de los mercosureños (que podríamos calificar como subregionales), de los regionales (tomando como región a toda América, o sea el ámbito de la OEA y por tanto de la CIDIP), existe también un ámbito "universal", el de la codificación global, de las convenciones que provienen del marco de la ONU, de UNCITRAL, de UNIDROIT o de la Conferencia de La Haya. Los países del MERCOSUR, aunque en diferente medida, han ratificado o adherido a algunas de estas Convenciones.

324. La situación es compleja pues existe una gran cantidad de tratados y convenciones ratificados por los diversos países, provenientes de los más diversos ámbitos. Si esto es cierto en general para todos los temas, lo es en mayor medida para los procesales y afines. En efecto, gran proporción de las convenciones interamericanas y de los protocolos del MERCOSUR, como así también los convenios bilaterales, han prestado una atención particular al tema procesal. En relación con la CIDIP hay no menos de diez convenciones que se vinculan directa o indirectamente con los temas procesales. Muchas de ellas han alcanzado un importante número de ratificaciones. Los textos de DIPr del MERCOSUR se mueven también predominantemente en la esfera procesal. Asimismo el marco bilateral ha

dado preferencia a los temas procesales, existiendo también unos cuantos instrumentos vinculados a esa temática.

325. La cantidad de tratados, que muchas veces versan sobre la misma materia y que en ocasiones están vigentes entre los mismos países, plantea dificultades prácticas de aplicación de los diversos instrumentos vigentes y hacen necesario recurrir al auxilio de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que los países del MERCOSUR salvo Brasil han ratificado. El art. 30 de la Convención de Viena se ocupa precisamente del problema de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. La problemática que se presenta en la región, especialmente en la materia procesal por la cantidad de tratados sucesivos sobre prácticamente idénticas materias entre los mismos Estados, obliga a realizar, al menos, una mención de las reglas principales.

La primera regla que debe observarse es la de estar a las posibles cláusulas de compatibilidad que puedan contener los tratados. La norma indica que cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último. La segunda regla se refiere al caso de que todas las partes de un tratado anterior lo sean también en uno posterior y la aplicación del tratado anterior no quede suspendida (porque se ha dicho, se desprende o consta que ésa ha sido la intención de las partes), el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Se está consagrando aquí el principio de la derogación tácita, de la norma anterior por la posterior, que rige en todos los órdenes jurídicos; sin embargo la derogación no es total y absoluta, aunque se trate de tratados sobre la misma materia, si existen disposiciones del tratado anterior que son compatibles con el tratado posterior –o sea que no lo contradicen abiertamente– estas disposiciones se mantienen vigentes. Y la tercera regla se refiere al tema de la aplicación de los tratados en los casos en que están involucrados únicamente países que los han ratificado. Si uno de los países involucrados en una relación no ratificó un tratado sobre la materia de que se trate, que a su vez sí lo fue por el otro país involucrado, el tratado no se debe aplicar.

326. Las normas y los principios de la Convención de Viena si bien resultan adecuados, son insuficientes. La superposición de tratados da lugar a problemas prácticos y específicos realmente complejos. Si bien los principios son claros, a veces resulta muy difícil determinar la real compatibilidad entre las normas de los diversos tratados sucesivos. Se podrían manejar múltiples ejemplos de ello. Parece conveniente en todas las materias, y más aún en lo procesal dentro del MERCOSUR, que el esfuerzo en la preparación, confección y aprobación de tratados, debiera tener una cabeza rectora, que planificara, detectando las necesidades y las conveniencias de las sociedades involucradas, y orientara el impulso en base a dichos parámetros. De otro modo el tema se reserva a burocracias simplemente interesadas en justificar su propia actividad; la cantidad de tratados que se producen son muchos, pero la calidad no es buena, y tampoco la orientación ni selección de los temas (Fernández Arroyo). Esta es una de las asignaturas pendientes, que habrá que encarar a la brevedad, para evitar este verdadero alud de tratados que entran en vigencia a razón de más de uno por año, todos sobre los mismos tópicos –o similares–, que provocan ciertamente desconcierto, además de un verdadero "atascamiento" en diversos temas. Ni siquiera el ámbito académico está preparado para absorber semejante cantidad de normas, menos aún los ámbitos judiciales y profesionales; y lo que es más importante, la sociedad civil, destinataria definitiva de esa normativa, no la necesita. Y sí necesita urgente regulación en otros temas, sobre los que ni siquiera se ingresa.

II. Instrumentos procesales de la CIDIP

327. La CIDIP ha prestado particular atención a los temas procesales y vinculados a lo procesal. Varias convenciones se refieren a los temas procesales, o están vinculadas con ellos. La regulación básica sobre la materia está compuesta por las cuatro Convenciones siguientes: exhortos, recepción de pruebas, medidas cautelares y eficacia de sentencias. Dichos textos normativos abarcan todo el ámbito de la cooperación judicial internacional, desde la regulación de su instrumento básico –el exhorto– hasta la eficacia de la sentencia extranjera. Existen además otras convenciones conectadas con lo procesal. Nos referimos, por ejemplo, a

la Convención sobre jurisdicción indirecta de CIDIP III (La Paz, 1984), única instancia –por el momento– en que la Conferencia se abocó al estudio del tema competencial, en ese caso como requisito previo para el reconocimiento de la eficacia de las sentencias extranjeras. La Convención de poderes (CIDIP I) también se vincula a lo procesal por el tema de los poderes para comparecer en juicio, aunque su ámbito es mucho mayor. Lo mismo cabe decir de la Convención sobre prueba e información del derecho extranjero, que también está relacionada con lo procesal por la aplicación que pueden hacer los jueces del derecho extranjero, pero siendo la posibilidad de aplicación del derecho extranjero el ingrediente básico de todos los ámbitos del DIPr, esta temática excede holgadamente lo procesal.

1. Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (Panamá, 1975) y su Protocolo adicional (Montevideo, 1979)

328. Esta Convención es una de las más importantes que emergieron del ámbito de la CIDIP. Fue la primera convención procesal, de la primera CIDIP, y su temática abarca dos aspectos: en primer lugar la regulación del instrumento típico de la cooperación judicial internacional –y el más usado en la región–, que es el exhorto; y en segundo término la regulación de la llamada cooperación de mero trámite y probatoria. En lo que refiere al primer aspecto la Convención aclara el significado de los términos, identificando las expresiones exhortos y cartas rogatorias, aborda el tema de la transmisión de los exhortos, los requisitos para su cumplimiento, y su tramitación. Debe quedar claro que las disposiciones de esta convención referidas a los exhortos se aplican a la utilización de dicho instrumento, cualquiera sea el ámbito de la cooperación en el que nos hallemos, pues a través de un exhorto se puede solicitar un emplazamiento, pero también el diligenciamiento de una prueba, el cumplimiento de una medida cautelar o, incluso, la ejecución de una sentencia extranjera.

329. En cuanto al tema de la transmisión de los exhortos, la Convención establece las cuatro vías clásicas ya conocidas: la vía particular ("por

las propias partes interesadas"), la vía judicial, la vía diplomática o consular, y la vía autoridad central. La vía particular es sin duda la de mayor celeridad, pues basta retirar el exhorto del tribunal rogante, llevar a cabo la legalización (la última firma es la del cónsul del Estado exhortado en el país exhortante), enviarlo a la persona encargada –profesional o corresponsal– en el país requerido, y éste, luego de completar la legalización (Cancillería de su país, que deberá certificar la autenticidad de la firma de su cónsul ante el Estado exhortante), lo presenta directamente en el tribunal rogado solicitando su cumplimiento. Lógicamente esta vía, que reiteramos es sin duda la más rápida, requiere tener un corresponsal (abogado, estudio o encargado) para que se ocupe del tema en el Estado requerido. Por lo tanto, si bien es rápida, no es la más económica.

La vía judicial es aquella que opera exclusivamente entre órganos judiciales: cada tribunal debería elevar los exhortos internacionales al órgano cabeza de su respectivo país (generalmente la Suprema Corte de Justicia) y de allí los exhortos deberían dirigirse al mismo órgano que está en la cúspide de la organización del Estado requerido, y éste, a su vez, "bajarlo" al tribunal de instancia que corresponda para su cumplimiento. La vía judicial pura prácticamente no se da, pues en nuestra región las Supremas Cortes no se envían prácticamente exhortos en forma directa, sino que utilizan, por lo común, la vía diplomática o consular, mediante lo cual además se logra la exención de legalización. La utilización de la vía judicial y de la particular –que analizamos antes– exige la legalización del exhorto, no así las dos vías que siguen, que están exentas de tal exigencia.

La vía consular o diplomática supone la utilización de las embajadas y de los consulados para la transmisión de los exhortos. Se trata de una vía tradicional, que ahora se ha dejado un poco de lado, sobre todo entre los países vinculados por tratados que prevén el sistema de autoridades centrales especializadas. La vía autoridad central es quizás hoy en día la más usada. La Convención de exhortos previó la creación en los Estados parte de un organismo administrativo encargado justamente de la transmisión de los exhortos, de enviar al extranjero los exhortos emitidos por los tribunales nacionales, y de recibir del extranjero los exhortos emitidos por jueces extranjeros y distribuirlos entre los tribunales nacionales. Cada autoridad central se comunica a esos efectos directamente con su homóloga de los demás Estados. Al

tratarse de una autoridad especializada y al ser directa la comunicación, el sistema ha funcionado bastante bien.

330. Existen otras vías no previstas en la Convención. ¿Sería admisible en el actual estado de la legislación la transmisión de un exhorto vía fax o vía correo electrónico? Consideramos que la respuesta es sin duda positiva. La Convención prevé cuatro vías, pero no prohíbe ninguna. La cooperación judicial internacional es de principio, o sea que opera aun en ausencia de norma expresa; este es uno de los principios básicos del derecho procesal internacional. En aplicación de dicho principio puede afirmarse que todo lo que ayude, facilite, haga más sencillo o promueva la cooperación judicial internacional debe ser aceptado, aun en ausencia de norma, siempre y cuando no contradiga una norma expresa vigente. La cuestión fundamental que está detrás de todo el tema de las vías de transmisión es la de la autenticidad. Asegurada la autenticidad, no hay otra cosa que cuidar en materia de transmisión de exhortos. Antes, cuando las vías de comunicación no tenían el desarrollo que tienen hoy, el tema de la falsificación total o parcial de un exhorto podía preocupar. Esto no significa que hoy no preocupe, pero sí que, frente a cualquier duda, se puede consultar mucho más fácilmente al tribunal rogante; y si el exhorto vino por fax o e-mail, la consulta es aun más sencilla.

Seguramente en los primeros años del siglo XXI asistiremos a la sustitución progresiva de todas las vías de transmisión actuales, por estas vías más directas, que sin duda contribuirán a facilitar la cooperación judicial internacional, pues habilitan inclusive un contacto directo e inmediato entre las sedes exhortante y exhortada, que puede ser muy útil a la hora de aclarar dudas, notificar audiencias, solicitar y recibir instrucciones complementarias, etc. Si bien se le puede perdonar a las convenciones procesales de CIDIP que en 1975 y 1979 no hayan previsto otras vías de transmisión, no sucede lo mismo con los protocolos emanados del ámbito mercosureño, todos de la década de 1990, que tenían sí la obligación histórica de haberlas previsto.

331. En cuanto a los requisitos para el cumplimiento de los exhortos que establece la Convención, los mismos están regulados en su art. 5. A

los efectos de ordenar el tema y de incluir algún otro requisito que la Convención no prevé expresamente, pero que se deriva de su texto y de su contexto, podemos decir que hay cuatro tópicos a abordar:

– *la autenticidad*: para ser cumplido el exhorto debe ser auténtico, o sea provenir de quien dice provenir y no haber sido modificado, enmendado, etc.; como dijimos antes, esto tiene que ver con la legalización. Ya dijimos cuáles vías exigen legalización y cuáles no la requieren. Agregamos ahora una excepción a la exigencia de legalización expresamente prevista en la Convención en su art. 7, que es el caso de los exhortos que se trasmiten entre tribunales de las zonas fronterizas.

– *la traducción*: si el exhorto proviene de un país cuyo idioma es diferente al del requerido, se plantea la exigencia de la traducción. En algunos Estados se exige que la traducción sea realizada por un traductor público local (es decir, del Estado receptor del exhorto, o sea no admiten que el exhorto venga traducido del extranjero).

– *la judicialidad*: este es el requisito que, como decíamos, si bien no está expresamente previsto, surge igualmente de la Convención y de sus antecedentes. La cooperación es entre órganos judiciales. No se trata de un criterio formal sino sustancial, puesto que puede haber órganos que si bien desde el punto de vista formal no integran el Poder Judicial de un Estado, sin embargo llevan a cabo función jurisdiccional con regularidad y tienen la suficiente autonomía e independencia como para asegurar el cumplimiento de todas las garantías. La cuestión es que los temas relacionados con la cooperación judicial internacional pueden llegar a afectar gravemente los derechos de las personas. Resulta pues esencial que la actividad se confíe a los tribunales, que integran un poder especializado e independiente, y no a autoridades administrativas o a tribunales excepcionales o *ad-hoc* que generalmente no brindan mayores garantías.

– *no oposición al orden público del Estado exhortado*: el orden público está presente en todos los ámbitos del DIPr, y éste no podía ser la excepción. Si el exhorto, por algún motivo, o más bien la medida que se solicita a través de él, supone de algún modo una ofensa concreta grave y manifiesta a los principios o normas básicas del Estado receptor, en tal caso el juez receptor puede –y debe– negarse a cumplirlo. Se trataría de casos realmente excepcionales.

332. En los párrafos anteriores mencionamos los requisitos que el juez exhortado debe exigir para hacer lugar al cumplimiento del exhorto. Ahora mencionaremos uno muy importante que, en principio y en el ámbito de la cooperación de mero trámite y probatoria, no se debe exigir: la competencia internacional del juez requirente. Queda claro pues que, en el ámbito de la cooperación en grado mínimo, la competencia no es un requisito a analizar. En otras palabras, por más que el juez exhortado –en este nivel de cooperación– considere que el juez requirente no es competente en la esfera internacional para entender en el juicio en el cual libró el exhorto, no puede negarse a cumplirlo, porque, reiteramos, el tema de la competencia internacional está excluido del análisis en la cooperación de mero trámite y probatoria.

Como contrapartida a esta situación, la Convención de exhortos ha consagrado el llamado principio no vinculante de la cooperación (art. 9), esto es, el hecho de cumplir con un exhorto no implica el reconocimiento de la competencia del exhortante, ni tampoco implica ningún tipo de compromiso para el futuro, para el Estado y para el juez rogado, de reconocer la validez o de ejecutar la sentencia que se dictare en el proceso extranjero. Se trata de una norma muy importante, pues marca de algún modo el límite entre la cooperación de mero trámite y probatoria –*en cuyo ámbito queda excluido el tema competencial*– y la *cooperación cautelar y la eficacia de la sentencia extranjera* –*en las que la competencia* internacional del exhortante es un tema decisivo–.

333. La Convención se ocupa también de regular el tema de los documentos que deben acompañar a los exhortos. Se trata también de un tema importante, puesto que algunas de estas exigencias tienden a proteger principios básicos del citado o emplazado en el extranjero. En primer lugar las copias de la demanda o escrito que corresponda, así como de sus anexos (documentación agregada con los mismos, por ejemplo), y también de la resolución que dispuso la medida de que se trata. En segundo término la información sobre el órgano requirente (denominación, domicilio, etc.) y sobre otros dos aspectos fundamentales: el plazo que la persona afectada, citada o demandada tiene para comparecer o contestar, y también las consecuencias de su no comparecencia (declaración de rebeldía, admisión de hechos, etc.). Y finalmen-

te, la información acerca de la existencia y el domicilio de defensorías o sociedades de auxilio legal, a las que el emplazado en el extranjero pueda concurrir en el Estado del lugar del proceso, en caso de que no tenga medios para solventar el costo de una defensa o asesoramiento letrado particular.

334. Es necesario referirse también al tema de la tramitación de los exhortos, que por supuesto aborda la Convención en sus arts. 10 y siguientes. El principio general es que el exhorto se tramitará de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido; sin embargo, conforme al art. 10.2, a solicitud del órgano judicial requirente, puede otorgarse al exhorto una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuera contrario a la legislación del Estado requerido. Se trata de una de las posibilidades de aplicación extraterritorial de la norma procesal. La Convención aclara también que el juez requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada.

335. Merece destacarse también la disposición del art. 13 de la Convención, en cuanto habilita a los funcionarios diplomáticos o consulares a dar cumplimiento a las diligencias de cooperación, siempre que las leyes del Estado en donde se encuentren acreditados no se opongan a ello. Se trata de una disposición muy importante, que suele prestarse a confusión. No se trata aquí de la utilización de una vía de transmisión del exhorto. Normalmente las medidas de cooperación judicial internacional se cumplen por los jueces, independientemente de que existan vías de transmisión vinculadas a la esfera diplomática o consular. Aquí la cuestión es diferente: la propia medida de cooperación, en lugar de cumplirse por parte de un tribunal, se lleva a cabo a través de la propia intervención de los funcionarios diplomáticos o consulares del Estado requirente en el Estado requerido: es el propio funcionario diplomático que efectúa la notificación o interroga a un testigo. La propia norma se encarga de establecer el límite cuando impide a estos funcionarios, en la ejecución de tales diligencias, el empleo de medios que impliquen coerción.

336. Resta referirse al alcance de la Convención, a su ámbito de aplicación que, como ya se señaló, es el referido a la cooperación en grado mínimo, de mero trámite y probatoria. El art. 2 se refiere al tema, aclarando primero el ámbito material (materia civil y comercial en sentido amplio), y luego el ámbito cooperacional: actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; y recepción u obtención de pruebas e informes, salvo reserva expresa al respecto. Esta delimitación positiva del alcance de la Convención se complementa con otra delimitación desde el punto de vista negativo: la Convención no se aplicará a actos procesales diferentes que los mencionados, y, en especial, no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva.

Para terminar cabe señalar que esta Convención ha alcanzado un alto número de ratificaciones y adhesiones: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

337. En cuanto al Protocolo adicional a la Convención de exhortos (CIDIP II), el mismo contiene algunas previsiones sobre la designación de la autoridad central por parte de cada país, una reglamentación más precisa sobre la forma de elaboración de los exhortos, los documentos que se deben acompañar, formularios modelos para la elaboración de los exhortos y la información adjunta, y otras disposiciones sobre las costas y gastos, consagrando el principio de la gratuidad del diligenciamiento; sin perjuicio de lo cual, se habilita a que las partes interesadas puedan designar a una persona que se encargará de los gastos cuando ello sea necesario para el cumplimiento de ciertas actuaciones. Este Protocolo ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

2. Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero (Panamá, 1975) y su Protocolo adicional (La Paz, 1984)

338. Como ya se explicó, la Convención de exhortos previó dentro de su alcance la recepción de pruebas. Dicha inclusión obedeció a que se

dudaba sobre la posibilidad de aprobar en la misma CIDIP una convención específica sobre el tema de la recepción de pruebas en el extranjero. Por fortuna se pudo cumplir ese objetivo, por lo cual la recepción de prueba en el extranjero puede realizarse al amparo de cualquiera de las dos convenciones. De todas maneras, la presente Convención involucra algunos aspectos nuevos, e incluye la posibilidad de la utilización de la coacción en el diligenciamiento de medios probatorios, lo que estaba expresamente excluido del ámbito de la Convención de exhortos. Debemos aclarar que, dentro del ámbito de la presente Convención, la solicitud de diligenciamiento de prueba también se realiza a través de exhortos. Por lo tanto, todos los requisitos que comentáramos a propósito de la Convención anterior (autenticidad, traducción, judicialidad y no oposición al orden público) resultan igualmente aplicables aquí (ver art. 10). La Convención sobre recepción de pruebas prevé algunos otros requisitos y disposiciones que merecen comentario.

La primera mención es para la exigencia, propia de la materia probatoria, consagrada en el art. 2.1: la diligencia solicitada no debe ser contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban. No se trata pues de una simple diferencia de legislación, cosa común entre los diversos ordenes jurídicos que disciplinan los distintos medios probatorios: por ejemplo un modo diferente de regular la declaración de testigos o la realización de inspecciones oculares, etc. Se trata de diligencias probatorias contrarias a las leyes del Estado requerido, que la prohíban expresamente: por ejemplo el interrogatorio testimonial a menores, la solicitud de un informe bancario cuando el Estado receptor ha consagrado el secreto, la inspección de libros o documentos de una empresa que puede violar el secreto comercial, etcétera.

Otro de los principios destacables que establece la Convención se refiere a la competencia que le asigna al juez requerido para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo de la diligencia solicitada (art. 3). Es frecuente que, con motivo de la realización de una diligencia probatoria, se produzcan desavenencias y conflictos entre las partes: la obligación o no de un testigo de comparecer, la pertinencia o no de una pregunta, el verdadero alcance de una pericia, el pago de los honorarios de los peritos, la posibilidad o no de acceder a determinada documentación, etc. Todas estas cuestiones, que se producen en el diligenciamiento, deben ser resuel-

tas por el juez requerido, que es justamente el que está llevando a cabo ese diligenciamiento. Complementando esta disposición, e ingresando en el punto del delicado equilibrio que debe haber en todos estos temas entre ambas leyes y ambos tribunales (exhortante y exhortado), la Convención habilita expresamente la posibilidad de utilización de medios coactivos en el diligenciamiento de pruebas en el extranjero. Pero aclara que los órganos jurisdiccionales requeridos podrán utilizar sus propios medios de coerción ("los medios de apremio previstos en sus propias leyes").

339. Al igual que en la Convención de exhortos, el principio general es que los exhortos se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido (art. 5); pero también se prevé la posibilidad de observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales en la práctica de la diligencia solicitada, a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido, o de imposible cumplimiento por éste (art. 6). También se consagra, en la presente Convención, el principio del diligenciamiento no vinculante (art. 8). Debe destacarse también la regulación de los elementos documentales e informativos que deben acompañar el exhorto en materia de diligenciamiento de prueba en el extranjero (art. 4). No debemos olvidar que el juez que va a diligenciar la prueba es totalmente ajeno al proceso, no conoce en principio ni la demanda, ni la contestación, ni nada. Y ese conocimiento, en la mayoría de los casos, es necesario para diligenciar adecuadamente la prueba. Por ello la disposición prevé todos los elementos que deben acompañarse e informarse: indicación clara y precisa del objeto de la prueba, copias de escritos y resoluciones relativas a la misma, interrogatorios y documentos necesarios para llevarla a cabo, datos de las partes y testigos, informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo en cuanto fuera necesario para el cumplimiento de la prueba, y descripción clara y precisa de los procedimientos especiales, si los hubiera.

340. En cuanto a la disciplina de algunos medios probatorios en particular, la Convención se refiere en su art. 12 a un aspecto específico –y muy trascendente– de la prueba testimonial. La persona llamada a declarar en un Estado, por solicitud de cooperación proveniente de otro Estado en el cual se lleva a cabo el proceso, podrá negarse a prestar tes-

timonio, tanto conforme a la ley del Estado requerido, como según la ley del Estado requirente, exigiéndose, en este último caso, que el impedimento o la excepción al deber de testimoniar consten en el exhorto.

341. Dos consideraciones finales con relación a este instrumento: la primera se refiere a las previsiones del art. 14, en cuanto se aclara que esta Convención no restringe otros textos sobre los mismos temas, ni tampoco las prácticas más favorables que los Estados pudieran observar en la materia. Y también aclara que tampoco restringe la aplicación de disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas, ni las prácticas admitidas en la materia. La Convención, como se puede apreciar, si bien regula el tema, se pronuncia ampliamente en favor de la cooperación probatoria. La última cuestión se refiere a los Estados que la han ratificado: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

342. En lo referente al Protocolo adicional a la Convención sobre recepción de pruebas (CIDIP III), el mismo se ocupa de regular la elaboración de los exhortos para solicitar recepción de pruebas, a cuyos efectos se impone un formulario tipo; y también de los documentos que lo deben acompañar, para lo cual también se confecciona otro formulario (art. 2). Se prevé también la comunicación del tribunal requerido al requirente sobre la fecha, hora y lugar en que se va a dar cumplimiento a la diligencia probatoria solicitada, a efectos de que los apoderados judiciales de las partes o sus abogados puedan presenciar las diligencias de cumplimiento del exhorto, quedando su intervención sujeta a la ley del Estado requerido (art. 5). Se consagra en este Protocolo el principio de la gratuidad en el cumplimiento del mismo; no obstante, se habilita la posibilidad de exigir a las partes que sufraguen los gastos cuando conforme a su ley interna deben hacerlo (art. 6). Si se debe, por ejemplo, designar un perito, sus honorarios deberán ser abonados. El texto del Protocolo establece también la posibilidad de que la parte interesada pueda indicar la persona que se encargue de sufragar los gastos. Finalmente, digamos que merecen especial atención las disposiciones que habilitan la obtención y recepción de pruebas por agentes diplomáticos o consulares

(arts. 9 y ss.). Este Protocolo ha sido ratificado por Argentina, Ecuador, México y Venezuela.

3. Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (Panamá, 1975)

343. La Convención de poderes no se relaciona exclusivamente con la materia procesal, puesto que este tipo de instrumento se utiliza para todo tipo de actos jurídicos. Pero sí es importante en el ámbito procesal, porque cuando frente a un caso que involucra más de un orden jurídico, uno de los litigantes debe procurar asesoramiento en el extranjero, en la inmensa mayoría de los casos le confiere un poder a su abogado. A veces el propio litigante se traslada y realiza el otorgamiento local, pero en muchas ocasiones se otorgan poderes en un Estado para ser utilizados en otro, lo que nos pone, precisamente, frente al problema del régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero. La Convención, que es muy necesaria, muy práctica en sus soluciones, y muy utilizada en la vida jurídica del continente, aborda los aspectos fundamentales de esta temática.

344. Luego de consagrar en su art. 1 el principio de la validez internacional de los poderes otorgados en un Estado parte, en cualquiera de los otros, el art. 2 se refiere a la ley aplicable a las formas y solemnidades del poder, consagrando una solución alternativa optativa. En efecto, el otorgante puede elegir a su arbitrio entre sujetar la forma del poder a la ley del Estado de su otorgamiento o a la ley del Estado de su ejercicio. Como puede apreciarse, la solución de la Convención es amplia y flexible y tiende a favorecer la validez y circulación internacional del poder. No obstante lo anterior, se aclara en la parte final del propio art. 2, que si la ley del Estado del ejercicio del poder exige alguna solemnidad esencial para la validez del mismo, regirá dicha ley. O sea que si, por ejemplo, se desea otorgar un poder para pleitos en cualquier país parte de esta Convención, para ser ejercido en Uruguay, el principio sería que el otorgante puede elegir entre la ley del lugar de otorgamiento y la ley del lugar en que haya de ejercerse (en el ejemplo, la uruguaya). Pero co-

mo en Uruguay los poderes para pleitos deben constar en escritura pública (se trata de una solemnidad esencial), sería en todo caso necesario el cumplimiento de dicho requisito.

Puede suceder que en el Estado de su otorgamiento sea desconocida esa solemnidad esencial exigida por el Estado del ejercicio. La Convención contiene una previsión para tal situación, que fue incluida pensando precisamente en los casos de los países que no conocen la escritura pública. Si esa solemnidad es desconocida, entonces bastará –para la validez del poder– que se cumpla con el art. 7 de la misma Convención, que establece una serie de requisitos materiales sustitutivos, a saber: el poder deberá contener declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad respecto de su identidad, nacionalidad, domicilio y estado civil; incorporación de copias certificadas u otras pruebas que acrediten el derecho que el otorgante tuviere para conferir el poder en representación de otra persona física o natural; la existencia legal de la persona jurídica a cuyo nombre se otorga el poder y la representación de esa persona jurídica y el derecho del otorgante para conferir ese poder. Se exige, finalmente, que la firma del otorgante esté autenticada, y que se cumplan los demás requisitos de la ley del otorgamiento.

345. La Convención prevé también la legalización del poder cuando así lo exigiere la ley del lugar de su ejercicio (art. 8), y la traducción cuando corresponda (art. 9). Se aclara también que para la eficacia del poder no es necesario que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación (art. 11), que los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde éste se ejerce (art. 5), sometiéndose a la misma ley los requisitos de publicidad (art. 4). Esta última disposición es muy importante, especialmente en todo lo referente a la revocación y modificación de los poderes. Sabido es que la utilización de los poderes parte de la circunstancia de su vigencia, que no hayan sido revocados ni modificados. Este es un tema importante en el derecho interno, con mayor razón aun lo es en el ámbito internacional, en el que muchas veces se puede hacer difícil o imposible la constatación de la vigencia del poder. Al haberse confiado el tema de la publicidad a la ley del lugar del ejercicio, cada poderdante que otorgue un poder y lo quiera revocar deberá, sin perjuicio de comunicar la revocación al apoderado, cumplir con los requisitos de publici-

dad de cada Estado en donde ese poder se pueda ejercer, inscribiendo, por ejemplo, la revocación en el registro de los lugares en los que tenga bienes. Al mismo tiempo, como contrapartida de ello, cuando se vaya a realizar un acto jurídico por poder en un Estado, habiéndose otorgado dicho poder en el extranjero, bastará a los terceros constatar que dicho poder no fue revocado en ese país –por los medios de publicidad que ese país disponga– pues aunque lo hubiera sido en el extranjero, si el tercero no tuvo posibilidad de enterarse, esa revocación no le será oponible.

346. El art. 10 aclara que la Convención no restringirá otras disposiciones sobre la misma materia suscriptas o que se suscriban, o las prácticas más favorables que los Estados pudieran observar en la materia. La Convención de poderes cuenta actualmente con las siguientes ratificaciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

4. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (Montevideo, 1979)

347. Al ingresar al análisis de la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, se ingresa en un estadio o nivel diferente de la cooperación judicial internacional. Anteriormente, ya sea en la cooperación de mero trámite o –aunque en menor medida– en la probatoria, el nivel de compromiso del Estado exhortado no era demasiado intenso; no existía posibilidad de uso de la coerción, sólo excepcionalmente para alguna medida de prueba, las medidas estaban destinadas a cumplirse en un período más bien breve, y no afectaban mayormente el orden jurídico cooperador. Se trata ahora de niveles superiores de la cooperación judicial internacional. El cumplimiento por parte de un tribunal de una medida cautelar dispuesta por un juez extranjero, supone para el tribunal cooperador un altísimo grado de compromiso, pues la medida afecta gravemente el orden jurídico local, desde el momento que la medida cautelar puede significar la imposibilidad de disponer de un bien, la detención y puesta a disposición del tribunal

de una persona –por ejemplo un menor–, la intervención de una empresa, etc. En suma, no se trata de cuestiones poco trascendentes, sino de medidas importantes que han de afectar, sin duda severamente, los derechos de las personas.

En concordancia con estas ideas, el nivel de cooperación cautelar aumenta las exigencias en materia de requisitos y también reserva al tribunal requerido –y a la aplicación de su ley– un espacio mayor que en los anteriores niveles. En cuanto a las exigencias, merece mención especial por su importancia el requisito de la competencia internacional del juez requirente, que el juez requerido deberá analizar, previo a hacer lugar al cumplimiento de la medida cautelar solicitada. Es aquí pues donde comienza a controlarse el requisito de la competencia indirecta, o sea la competencia como requisito para la eficacia de la medida cautelar extranjera.

Una medida cautelar internacional es una medida dispuesta por el tribunal de un Estado, destinada a cumplirse en otro Estado –a través de los tribunales de ese otro Estado–. La medida cautelar implica un alto grado de coerción, entendida ésta como uso de la fuerza o amenaza de su uso. La indisponibilidad de un bien, la detención de una persona, la intervención de una empresa, aunque se cumplan voluntariamente, suponen un alto grado de coerción. Por ello los autores de esta normativa han creído razonable que se lleve a cabo el control de la competencia por parte del juez requerido. O sea que las medidas cautelares internacionales deben adoptarse por los jueces competentes para conocer en el litigio al cual esa medida cautelar accede o va a acceder. Es pues este el primer elemento (además de la autenticidad, la judicialidad, etc.) que el juez requerido para el cumplimiento de una medida cautelar internacional debe comprobar: si quien dictó la medida es un tribunal competente internacionalmente para el caso. Lo expuesto surge con toda claridad de la Convención, pues su art. 2 establece la regla del cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por jueces o tribunales "competentes en la esfera internacional".

348. Corresponde analizar ahora el punto central, que es el de la ley aplicable a la medida cautelar. Siempre en el ámbito de la cooperación judicial internacional hay dos ordenes jurídicos involucrados –exhortan-

te y exhortado– y también dos leyes y dos jueces. Se debe determinar precisamente en cada caso qué aspectos se regulan por cada una de las leyes y qué cosas debe decidir cada juez. El principio general, que está consagrado en el art. 3, es que la procedencia de la medida se regula por la ley del lugar del proceso; y la ejecución, así como la contracautela o garantía, se regulan por la ley del lugar de ejecución o cumplimiento de la medida. Los diversos órdenes jurídicos regulan los casos en que procede la adopción de una medida cautelar. Normalmente los requisitos necesarios para su adopción se vinculan con la justificación de la existencia o apariencia de un derecho, la posibilidad de lesión o frustración del mismo si se espera el desarrollo de todo el juicio, y la exigencia de contracautela. Estos aspectos son pues regulados por la ley del lugar del proceso, y son decididos por el juez de ese proceso.

En cambio la ejecución de la medida se regula por la ley del Estado exhortado, o sea por la ley del lugar en que la propia medida se lleva a cabo. Lo mismo sucede con la contracautela: como se sabe la contracautela está destinada a prevenir el pago de los perjuicios que puedan causarse en caso de medidas cautelares infundadas o excesivas, y, generalmente, el perjuicio se produce en el Estado de cumplimiento de la medida. Por ello, quienes concibieron las soluciones de la Convención, han creído más conveniente confiar la regulación del tema de la contracautela a la ley del Estado requerido, y confiar la decisión sobre ese tema también al juez del Estado requerido. Se prevé también que la modificación de la medida cautelar, así como las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas, se regirán por la ley del Estado exhortado; y se habilita excepcionalmente, en caso de que el afectado justifique la absoluta improcedencia de la medida, o en caso de disminución de la garantía constituida, al juez del Estado requerido, a levantar la medida de acuerdo con su propia ley (art. 4).

349. La Convención de medidas cautelares prevé también la posibilidad de las llamadas medidas cautelares urgentes (art. 10). Hay ocasiones en que la presentación de la solicitud de medida cautelar al juez competente, su evaluación, su decisión, la elaboración del exhorto, su transmisión, su presentación al juez requerido y su evaluación, hasta finalizar con su decisión y cumplimiento, es un proceso demasiado largo

cuyo recorrido frustraría el derecho que se quiere proteger. Si pensamos, por ejemplo, en una medida cautelar de detención de un menor sustraído por uno de sus progenitores de la custodia del otro, si se ubica al menor en un determinado Estado, la demora en pedir la restitución al Estado de su residencia habitual, librar el exhorto, etc. puede hacer que cuando se llegue sea tarde y el menor ya no esté allí. Lo mismo en caso de un bien, un barco que está en el puerto, por ejemplo, próximo a zarpar. En general en todos los casos de medidas cautelares hay apuro, pero determinados casos son especialmente urgentes.

En estos casos, la Convención habilita al interesado a recurrir directamente al juez del lugar donde está ubicado el bien o la persona que va a ser objeto de la medida, y solicitarle la adopción de la misma, independientemente de que el juez internacionalmente competente sea otro. Existe entonces, en materia cautelar internacional, una especie de competencia de urgencia, que es excepcional, para los jueces bajo cuya jurisdicción está ubicado el bien o la persona sobre los cuales la medida ha de recaer. Si no existiera esta disposición, ese juez debería decirle al interesado que él no es el competente, que él no puede decidir la procedencia de la medida. En cambio, al amparo de este art. 10, el juez del lugar –a pesar de no ser el internacionalmente competente– debe evaluar la situación y, si lo entiende pertinente, disponer la medida. Inmediatamente, si existe un proceso iniciado en el extranjero –ante el juez competente– debe comunicarle la medida tomada y estar en definitiva a lo que éste resuelva; si aún no se hubiere iniciado el proceso, deberá fijarle un plazo el interesado para que lo haga ante el juez competente, debiendo estar siempre a lo que decida dicho juez. Es que la cuestión de la urgencia no varía el principio de que la procedencia de la medida cautelar debe ser decidida por el juez competente, quien es en definitiva el competente para decidir al respecto.

En ocasión de la CIDIP II, manifestó a este respecto Opertti que su país estaba sumamente interesado en

> "(...) incluir una norma que asegure la adopción por cualquier juez de medidas territoriales de carácter jurisdiccional, conservatorias o de urgencia, provisionales, de naturaleza cautelar, independientemente de las normas que pudieran existir en materia de jurisdicción internacio-

> nal. O sea, cuando hay un bien jurídico a proteger en el territorio de determinado juez, éste podría adoptar esa medida en base al principio de la jurisdicción más próxima, sin mengua del principio de la competencia internacional, devolviendo el resultado obtenido al juez natural internacional".

350. Otro de los tópicos que regula la Convención, que merece mención, es el tema de las tercerías (art. 5). La persona afectada directa o indirectamente por la medida cautelar decretada por un tribunal extranjero, puede hacer valer sus derechos contra dicha medida. Si se trata de una simple oposición o de una tercería de mejor derecho, la cuestión deberá volver al juez de origen quien en definitiva resolverá conforme a sus leyes. Si en cambio se trata de una tercería de dominio o de derechos reales, o que involucre la posesión sobre el bien embargado, la misma se resolverá por los jueces y conforme a las leyes del lugar de situación de los bienes.

351. Merecen también una mención algunas otras disposiciones de la Convención. El art. 6 consagra, también en materia cautelar, el principio no vinculante de la cooperación. El art. 9 posibilita, en caso de medidas cautelares referentes a custodia de menores, que el tribunal del Estado requerido pueda limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida, a la espera de lo que decida el juez del proceso principal. Nótese que, como lo ha señalado Herbert, el art. 9 de la Convención de medidas cautelares corresponde a un género: toda medida cautelar referente a menores y la situación resultante es siempre provisional. En cambio el objeto de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV), así como de los convenios bilaterales sobre el tema entre Argentina y Uruguay, Chile y Uruguay y Perú y Uruguay, está limitado exclusivamente a la pronta restitución de menores que indebidamente o ilegítimamente hayan sido trasladados del Estado de su residencia habitual.

Se han distinguido entonces con claridad dos situaciones de cooperación judicial internacional con respecto a restitución de menores, fuera del caso de ejecución de sentencias definitivas: en general, el cumplimiento de medidas cautelares personales referidas a la custodia de menores

(art. 9 de la Convención de medidas cautelares); y en especial, la pronta restitución de los menores cuando han sido trasladados en forma permanente de su centro de vida sin el consentimiento de alguno de sus padres en ejercicio de sus derechos sobre aquéllos (Convención sobre restitución de menores y convenios bilaterales). Ambas normas están inspiradas por los mismos principios: otorgar relevancia a la persona del menor y su protección, vinculando ésta al lugar de su radicación fáctica (Herbert).

Y en este mismo sentido Opertti ha sostenido que la acción de restitución internacional de menores es diversa de la medida cautelar, ya que es "autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal". Agrega que si bien el instituto de la restitución participa del género cautelar en tanto protege un derecho afectado, difiere de la especie medida cautelar en sentido estricto, porque no está previsto para asegurar un cierto resultado, aunque a veces pueda servir para ello. El objeto de la acción restitutoria puede verse agotado con la sola restitución del menor, sin ser seguida de acción posterior ligada a ella, como podría ser la acción de guarda, o la ejecución de sentencia recaída en ésta. Se diferencia de la medida cautelar de custodia de menores (art. 9 de la Convención de medidas cautelares), cuyos efectos permanecen "a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal". En la acción restitutoria no hay otro proceso que el abierto por ésta; no cabría pues la figura del proceso principal como algo ajeno o diferente a ella misma.

352. Por último, el art. 7 prevé la posibilidad de adopción de medidas cautelares previas a la solicitud de cumplimiento de una sentencia extranjera. Digamos finalmente que la Convención de medidas cautelares registra las siguientes ratificaciones o adhesiones: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay.

5. Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (Montevideo, 1979)

353. Es innecesario subrayar la trascendencia que tiene el tema de la aplicación del derecho extranjero para el DIPr. Para aplicar el derecho extranjero hay que conocerlo, tener información sobre el mismo. La presente Convención regula la manera como las autoridades de los Es-

tados parte se prestan recíproca colaboración en la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos. Debe prestarse atención a la disposición del art. 2 que se refiere al contenido de los elementos probatorios e informes que se deben proporcionar los Estados: no sólo se incluye el texto de las normas, sino también la vigencia, el sentido y alcance legal de su derecho. Esto hay que relacionarlo con la disposición del art. 2 de la Convención sobre normas generales que expresa que los jueces y las autoridades de los Estados parte deben aplicar el derecho extranjero "tal como lo harían" los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable. Justamente, para poder aplicarlo de ese modo, es necesario contar no sólo con el texto de las normas, sino además con comentarios sobre el sentido y el alcance de las respectivas normas.

354. La Convención regula también (art. 3) lo que se consideran medios idóneos para probar o acreditar el derecho extranjero: la prueba documental, o sea copias certificadas de los textos legales con indicación de su vigencia; prueba pericial, o sea dictámenes de abogados o expertos en la materia; e informes del Estado sobre el texto, vigencia, etc. de su derecho. Se aclara que no se trata de una enumeración taxativa, sino a vía de ejemplo, por lo que, en principio, se puede acreditar el derecho extranjero por cualquier medio de prueba. La propia Convención reglamenta el pedido de informes, encargando a la autoridad central de cada Estado la función de formular y responder las solicitudes, se exime de legalización a dichas solicitudes, se prevén todos los elementos que deben contener las mismas, y se establece claramente el principio de que ni la solicitud ni el informe comprometen a ninguno de los dos Estados a actuar conforme lo dictaminado en ellos (arts. 5, 6 y 7).

La criticable norma del art. 10 es por una parte incomprensible y por otra condiciona algo tan simple y sano como lo es sin duda que un Estado informe sobre el texto, el sentido y el alcance de una norma jurídica, a que dicho informe no afecte su seguridad o soberanía. Cuesta imaginar un ejemplo en tal sentido. Parece una norma correspondiente a épocas ya muy superadas.

La Convención sobre prueba e información sobre el derecho extranjero cuenta hasta el momento con las siguientes ratificaciones o adhesio-

nes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

III. Instrumentos procesales de la dimensión institucional mercosureña

355. También en el ámbito del MERCOSUR se prestó particular atención a algunos temas vinculados con el derecho procesal civil internacional, en especial a los temas de la cooperación judicial internacional. Los Protocolos emanados del MERCOSUR en materia de cooperación judicial internacional no podían ignorar la experiencia de CIDIP. Así fue que se inspiraron fuertemente en ella, tomando como base las respectivas convenciones, y copiando directamente la mayoría de las soluciones. No se volverá pues, al analizar los instrumentos emanados del MERCOSUR, a reiterar todas las soluciones; simplemente al describir las normas se marcarán sus perfiles propios y novedosos, y se mencionarán las diferencias. En materia de cooperación existen dos instrumentos fundamentales: el Protocolo de Las Leñas y el de Ouro Preto.

1. Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Las Leñas, 1992), su Acuerdo complementario (Asunción, 1997) y su Enmienda (Buenos Aires, 2002)

356. El mencionado Protocolo, que consta de 36 artículos, abarca no sólo temas de cooperación judicial internacional sino algunos otros. La igualdad de trato procesal que los Estados parte se obligan a conceder a los litigantes cualquiera sea su domicilio, el valor probatorio de los instrumentos públicos, la información acerca del derecho extranjero, constituyen algunos ejemplos de los temas que el Protocolo contiene. Desde el punto de vista de la cooperación judicial internacional, el Protocolo abarca el tema de la cooperación en actividades de mero trámite y probatorias y el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Capítulos IV y V, respectivamente); no se incluyó la cooperación cautelar.

Respecto de la cooperación de mero trámite y probatoria no hay mayores innovaciones respecto de las convenciones de la CIDIP, siendo la regulación básicamente la misma, a pesar de que los textos no son exactamente iguales. En algunos casos se mejora en algo la redacción y se aclara o incorpora alguna disposición, como por ejemplo la obligación de explicar las razones que determinaron el incumplimiento del exhorto (art. 14.2); en otros casos las soluciones se restringen –lo que supone un retroceso– como es el caso de que se prevé una sola vía para la transmisión de los exhortos que es la autoridad central. En cuanto a la parte relativa a las sentencias extranjeras merece mención la disposición del art. 22, porque contiene ciertas previsiones básicas con relación al tema de la cosa juzgada y al de la litispendencia. Resta decir que el Protocolo de Las Leñas ha sido aprobado y ratificado por los cuatro países del MERCOSUR, encontrándose pues en plena vigencia.

La Enmienda aprobada en julio de 2002 (Dec. 7/2002), además de modificar los arts. 1, 3, 4, 5, 10, 14, 19 y 35 del Protocolo, extiende el sistema a Bolivia y Chile, Estados asociados del MERCOSUR (Dec. 8/2002). Según los arts. 3 y 4, el derecho al libre acceso a la jurisdicción y el derecho a la no exigencia de ningún tipo de caución o arraigo, se extiende a "nacionales, ciudadanos y residentes permanentes o habituales" de cualquiera de los Estados parte, así como "a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados parte". La modificación al art. 10 soluciona el aspecto antes criticado relativo a las vías admisibles para el exhorto; en el nuevo texto se prevé la intervención de la autoridad central, de las autoridades diplomáticas o consulares, o que se realice directamente por el interesado.

2. Protocolo de medidas cautelares (Ouro Preto, 1994) y su Acuerdo complementario (Asunción, 1997)

357. El Protocolo de medidas cautelares de Ouro Preto vino a llenar el vacío que en relación al tema de la cooperación judicial internacional había dejado el Protocolo de Las Leñas. Seguramente la inicial resistencia de Brasil a la suscripción de acuerdos referentes a la cooperación cautelar fue la causa de que el Protocolo de Las Leñas dejara este tema com-

pletamente de lado. No bien esa resistencia fue superada, el sistema respondió inmediatamente y llenó el vacío, de modo que tenemos, también dentro del propio ámbito mercosureño, una regulación bastante completa sobre cooperación. El Protocolo de Ouro Preto referente a medidas cautelares consagra exactamente las mismas soluciones que la Convención de CIDIP sobre el mismo tema; la única excepción importante es que el Protocolo de Ouro Preto no contiene ninguna previsión similar a la del art. 10 de la Convención de CIDIP referida a la competencia de urgencia. En lo demás las regulaciones son prácticamente iguales.

IV. Particularidades de los sistemas procesales de los Estados mercosureños

358. La tendencia de los sistemas procesales de los Estados mercosureños es hacia la similitud de soluciones en el ámbito de la cooperación judicial internacional. Desde el punto de vista del derecho convencional que los vincula, todos han ratificado las principales convenciones de CIDIP, y también las del MERCOSUR. Sólo Brasil no ha ratificado hasta el presente una convención importante de CIDIP, como lo es sin duda la Convención de medidas cautelares, pero al haber ratificado Ouro Preto el efecto vinculante respecto a los restantes Estados del MERCOSUR es similar. En cuanto a los derechos privados nacionales, poco a poco se van también consagrando las mismas soluciones que se incorporan paulatinamente a los sistemas internos. En el caso de Uruguay la incorporación fue de una sola vez, porque al reformar el país su sistema procesal en 1989, incluyó en su nuevo Código General del Proceso, un capítulo especial sobre cooperación en el que consagró las mismas soluciones que las convenciones de la CIDIP, con la única excepción de las reglas en materia de competencia indirecta.

1. Cooperación jurídica bilateral entre los Estados mercosureños

359. En las últimas dos décadas han visto la luz un importante número de convenios bilaterales entre los Estados mercosureños sobre cues-

tiones atinentes al derecho procesal internacional, en especial referidos al tema de la cooperación judicial internacional. Las soluciones de dichos convenios son muy similares a las normas que venimos analizando, tanto de las convenciones interamericanas como de los protocolos del MERCOSUR: en algunos casos varios artículos, y hasta la estructura misma de los capítulos, están copiados a la letra. No contienen pues soluciones diferentes ni novedosas; en muchos de los casos no se encuentra siquiera la menor justificación a la realización y aprobación del convenio. Tal el caso, por ejemplo, del Convenio Uruguay-Brasil de cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa, de diciembre de 1992 que entrara en vigencia varios años después, que es prácticamente un calco del Protocolo de Las Leñas.

360. A nivel bilateral, Argentina se encuentra vinculada con los países del MERCOSUR por una serie de tratados que se inclinan por la prescindencia del control de la jurisdicción internacional del tribunal requirente. Desde fines del siglo pasado, más precisamente en 1880, Argentina firma con Brasil el Acuerdo sobre ejecución de las cartas rogatorias (Ley N° 1052) modificado posteriormente por el Protocolo del 16 de septiembre de 1912 (Decreto-Ley N° 22.114/1956 ratificado por Ley N° 14.467, *BO* 9/9/1958). En 1961 celebran el Acuerdo de asistencia judicial gratuita (Ley N° 17.279, *BO* 23/5/1967). Con el transcurso del tiempo fortalecen sus relaciones bilaterales con la firma del Acuerdo sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa, de 20/8/90 (Ley N° 24.108, *BO* 48/1992) que reviste significativa trascendencia pues es prácticamente la fuente directa del Protocolo de Las Leñas.

Argentina y Paraguay se encuentran ligados por numerosos convenios multilaterales sobre esta materia. Esta conducta, sin embargo, no ha tenido igual desarrollo a nivel bilateral pues sólo han centrado la cooperación en los aspectos formales del exhorto al signar, en 1910, la Convención sobre legalización de exhortos y cartas rogatorias (Ley N° 10.081 prom. el 5/10/1916).

Entre Argentina y Uruguay se advierte la existencia de una profusa red convencional en el ámbito de la cooperación jurisdiccional en sus distintos despliegues. No obstante estar enlazados por convenios multilaterales

–TM y las convenciones de la CIDIP– Argentina y Uruguay decidieron profundizar sus relaciones a nivel jurídico. El primer antecedente se sitúa en 1903 cuando se celebra el Convenio sobre supresión de las legalizaciones en los exhortos y cartas rogatorias. A partir de 1980 el espíritu de cooperación entre ambos países cobra un nuevo impulso al suscribir diferentes convenios sobre: intercambio e información de antecedentes penales; igualdad de trato procesal y exhortos; aplicación e información del derecho extranjero; protección internacional de menores; cooperación jurídica; responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito.

2. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

361. La cooperación jurídica internacional admite diversos grados según las posiciones más o menos restrictivas que se asumen en orden a los actos que la integran. Así, se considera cooperación de primer grado aquella que sólo consiste en actos de mero trámite (notificaciones, emplazamientos) y la recepción y obtención de pruebas en el extranjero, en tanto que es de segundo grado la cooperación que se presta a los efectos de trabar medidas de seguridad o cautelares. Por último, la cooperación entendida con un alcance amplio, abarca los supuestos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En este acápite centraremos la atención en el tratamiento que reciben los dos primeros niveles de asistencia jurídica en nuestro país. Como se ha visto en capítulos anteriores, Argentina es un Estado políticamente organizado bajo una estructura federal, por ende, las provincias dictan sus propios códigos procesales que regulan el auxilio a través de reglas específicas.

362. Cuando al tribunal nacional se le requiere del extranjero la realización de un acto de auxilio internacional, la primera cuestión que examinará es si tiene jurisdicción internacional para llevar a cabo dicho acto. El siguiente paso será decidir si cumplirá con la rogatoria a pesar de considerar que posee jurisdicción exclusiva para entender sobre el fondo del asunto o, si por el contrario, se negará a ello en defensa de su propia jurisdic-

ción. La respuesta a estos interrogantes estará condicionada a la política legislativa que orienta el ordenamiento jurídico a consultar; el criterio varía entre priorizar la cooperación, o defender la jurisdicción propia.

Los sistemas que favorecen la cooperación no prejuzgan sobre la jurisdicción internacional del juez exhortante pues consideran que el momento oportuno para proteger la jurisdicción local es aquel en que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la sentencia extranjera.

La otra corriente defiende la jurisdicción propia, en consecuencia, denegará el cumplimiento del exhorto por considerar que el juez extranjero carece de competencia internacional. Tanto en el derecho interno como en el convencional y en la jurisprudencia encontramos afirmaciones a favor de una y otra postura.

363. De acuerdo al CPCN, las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras serán cumplidas siempre que hayan sido dispuestas "por tribunales competentes según las reglas argentinas de jurisdicción internacional" (art. 132). Como se puede advertir existe un pronunciamiento expreso del legislador a favor de la defensa de la jurisdicción propia.

En esa dirección se orienta el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba que ordenó devolver un exhorto proveniente del Tribunal de causas de familia de la República Federal de Alemania. El juez extranjero solicitaba que se notifique y cite a la cónyuge domiciliada en nuestro país, para que comparezca a la audiencia del juicio de divorcio promovido por el marido ante el Juzgado de Homberg/Serre. Basándose en que los dos puntos de conexión decisivos en materia de divorcio –último domicilio conyugal efectivo o el domicilio del cónyuge demandado– (arts. 227 y 230 del CC) se encontraban localizados en nuestro país, el Alto Tribunal cordobés resguardó, de este modo, la jurisdicción internacional argentina exclusiva. Se aclara en el decisorio que si alguno de los factores mencionados se hubiera encontrado en la República Federal Alemana, la jurisdicción internacional sería concurrente, y frente a tal supuesto, debería hacerse lugar a la rogatoria (TS Córdoba, *"B.B. c/ D. de B.L.E."*, *LL*, Cba., 1990-789).

364. La solución plasmada normativamente a nivel interno coincide con la reserva que la delegación argentina formulara al art. 11 del TMDCI

de 1940, expresando que al tramitarse un exhorto el juez nacional podrá negarse "a diligenciarlo total o parcialmente, en defensa de su propia jurisdicción". No obstante lo señalado, nuestro país modifica su posición a nivel convencional al ratificar la Convención interamericana de Panamá de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias y el Convenio argentino-uruguayo sobre igualdad de trato procesal y exhortos de 1981, que contrariamente a lo apuntado, privilegian el valor cooperación (arts. 9 y 7.2, respectivamente). En este orden de ideas, el art. 132 del CPCN establece que si el exhorto que pretende desencadenar efectos en el país proviene de un Estado ratificante de un tratado, dichas comunicaciones se regirán por lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales y en la reglamentación de superintendencia.

Atento a lo dispuesto, la Cámara Nacional de Comercio recurre a la Convención de Panamá para resolver sobre un exhorto proveniente de Estados Unidos. A través de la rogatoria se solicitó practicar la notificación de emplazamiento a una sociedad local a fin de que contestara la demanda interpuesta en el extranjero. El tribunal sostuvo que el juez argentino no está habilitado para tratar la cuestión relativa a la competencia territorial pues ésta debe plantearse ante el juez foráneo. La postura en contra de la posibilidad de revisión de la jurisdicción internacional indirecta surge claramente de los considerandos del fallo al expresar el tribunal que "las normas sobre actos procesales de mero trámite como notificaciones o emplazamiento en el extranjero" establecidas por la citada Convención "no implican el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que se dicte, pudiendo el Estado requerido no dar cumplimiento a la rogatoria si viola su orden público". (*"Federal Deposit Insurance Corporation c/ Compañía General Inmobiliaria, S.A."*, *ED*, 1991- 7727-1).

Desde otro punto de vista, es dable señalar que los tribunales nacionales invocan las soluciones de la Convención interamericana de Montevideo de 1979 sobre cumplimiento de medidas cautelares como principios generales recibidos en el derecho argentino, considerando que han de ser aplicados en todos aquellos casos conectados aún con países no ratificantes de la misma (JNacCom, *"Mundial Films S.A. c/ Penta Films"*, CamNacCrim y Corr, 12/11/1990, "Inc. de Embargo").

365. La defensa de la jurisdicción internacional exclusiva del foro no es el único límite que puede esgrimir el magistrado para no dar curso a la rogatoria. Al igual que las convenciones mencionadas que centran el control de las cartas rogatorias en su compatibilidad con el orden público internacional del ordenamiento requerido (art. 17 y art. 7), el art. 132 prescribe que se dará cumplimiento a las medidas solicitadas "siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino".

En ese sentido se pronuncia la Cámara Nacional de Comercio al decidir la improcedencia de un embargo sobre la prestación jubilatoria obtenida según la Ley 18.083, por cuanto los principios de orden público que inspiran la legislación relativa a la seguridad social obligarían a rechazar la aplicación de una legislación extranjera que permitiese el embargo de prestaciones jubilatorias, por contrariar gravemente el espíritu de la legislación nacional. (Sala E, 28/3/1989, *"Duda, Eduardo Daniel c/ Marinelli, Julio y otro"*, *ED*, 134-731.)

366. A título ilustrativo, cabe traer a colación algunos decisorios de tribunales del país que muestran el tratamiento que se brinda a los exhortos provenientes de autoridades foráneas:

– Las autoridades argentinas están facultadas para examinar si se encuentran satisfechos los requisitos formales que deben reunir los exhortos que le son remitidos por jueces extranjeros (CSJN, 6/5/1970, *ED*, 32-126).

– La Corte considera que deben acompañarse las copias de las leyes extranjeras en que se funda la medida ordenada por el juez exhortante (CSJN, 16/12/1964, *Fallos* 260:202).

– El exhorto debe expresar con claridad que se ha dispuesto acordar la medida solicitada (CSJN, 6/5/1970, *ED*, 32-126).

– La confección y diligenciamiento del exhorto se hallan regidos por las leyes del lugar de su ejecución por la aplicación de la *lex fori* a las cuestiones procesales (CSJN, *"Paris Video Home c/ Societa Per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo (SACIS)"*, *JA*-III-18).

– El control que exige el reconocimiento de sentencias extranjeras no puede ser burlado so pretexto de incluir, en una rogatoria que demanda auxilio procesal internacional, actos que excedan ese concepto e im-

portan específicamente una ejecución, intentando obviar el trámite del exequátur homologatorio de esa sentencia, ya que ello afectaría el ejercicio de la soberanía jurisdiccional de nuestro Estado (CNacCom-E, 17/3/1993, *JA*, 1996, sint.).

B) Brasil

367. En Brasil, la cuestión de la cooperación interjurisdiccional *stricto sensu* debe ser dividida en activa y pasiva, o sea, aquellos actos recibidos y aquellos enviados. En lo que hace a las medidas provenientes del extranjero y que deben ser cumplidas en el país, es imperativo que tales actos pasen por el control del Supremo Tribunal Federal. Ya en lo que se refiere a los actos que deben ser cumplidos en el exterior, éstos serán enviados por los jueces, tanto del nivel estatal como federal, directamente a las autoridades de los Estados extranjeros.

En el caso de las medidas recibidas del exterior, el STF cumplirá lo dispuesto en la Ley de Introducción al Código Civil (LICC), en el CPC y en su reglamento interno. La ejecución de cartas rogatorias pasivas, aquéllas recibidas de otros Estados, es asunto regulado en la legislación brasileña desde el siglo XIX. Ya disposiciones de 1847 y de 1850 exigían apenas la legalización de las rogatorias extranjeras por el cónsul brasileño. Más tarde, con la Ley N° 221, de noviembre de 1894, el exequátur pasó a ser otorgado por el Gobierno Federal, disponiendo su art. 12, párr. 4°, que el cumplimiento de las cartas rogatorias emanadas de autoridades extranjeras solamente se daría después de obtenido aquel exequátur.

La competencia para la concesión del exequátur pasó al STF a partir de la Constitución de 1937, permaneciendo ahí hasta nuestros días (Constitución de 1988, art. 102.I.h), siendo sus requisitos estipulados por el reglamento interno de ese Tribunal (arts. 225 y ss.). Es de destacar que el STF se pronunció a lo largo de los años en aproximadamente nueve mil cartas rogatorias. El STF concede el exequátur para todas las rogatorias que no atenten contra el orden público, la soberanía nacional y que estén revestidas de autenticidad. En la realidad, tramitándose por la vía diplomática, los documentos se revisten automáticamente de autenticidad (*RTJ* 110/55-Caso *Nabas*).

368. El STF ha concedido el exequátur a cartas rogatorias citatorias, en hipótesis de competencia concurrente, en los términos del art. 88 del CPC, aclarando que cabrá al interesado aceptar o no la jurisdicción extranjera. Su rechazo estará amparado por el orden jurídico brasileño y deberá ser comunicado al juez rogante (*RTJ* 115/1093). El STF ha demostrado ser firme en su jurisprudencia en el sentido de que, tratándose de un litigio para el cual la competencia de la autoridad judicial brasileña es meramente relativa, la posibilidad del interesado de no aceptar la jurisdicción extranjera no obsta a la concesión del exequátur para el cumplimiento de la carta rogatoria (Agravio Reglamentario en carta rogatoria N° 5885/92, *DJ*, 11/12/1992).

Los motivos para el rechazo de la concesión de exequátur en Brasil pueden ser comprendidos a la luz del art. 17 de la LICC, que niega eficacia a los actos provenientes de otro país cuando ofendieren la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres. El dispositivo se armoniza con los requisitos del art. 12, párr. 2°, del mismo cuerpo legal, que establece la competencia de las autoridades brasileñas para el cumplimiento de las diligencias solicitadas por autoridades extranjeras.

Una hipótesis delicada, que ha generado negativas de homologación de sentencia extranjera, es la de las citaciones por vía postal, es decir por correo, muy usadas en el sistema del *common law*. En diversos pedidos de homologación de sentencias extranjeras, el STF les negó efecto porque la citación para el proceso no había sido hecha mediante carta rogatoria. En los casos en que la citación se realizara por correo, otras por *affidavit* o igualmente a través de funcionario consular del país requerido, el STF negó el exequátur (SE 3534, *DJ*, 21/3/1986, juzg. 26/2/1986).

La reforma del Procedimiento Civil transformó la citación por correo de excepción, en regla (Ley N° 8710, de 24/9/1993), dispensando, cuando el actor no la exigiere, la citación personal por Oficial de Justicia. No obstante, después de la entrada en vigor de la citada ley, el STF continúa en la misma línea de actuación con relación a las cartas rogatorias, no existiendo motivo para pensar que el STF pueda prescindir de la citación por carta rogatoria. Lo que puede ocurrir es que, después del exequátur, el juez de 1ª Instancia que le fuere a dar cumplimiento podrá hacerlo por vía postal.

Véase que el CPC dice en el art. 222, con la nueva redacción: "la citación será hecha por correo, *para cualquier distrito judicial del país*, (...)"

(la cursiva nos pertenece). No pudiendo citarse por correo al demandado extranjero, no parece adecuado admitir, por una cuestión de lógica, que la justicia extranjera pueda citar por correo al demandado domiciliado en Brasil. Además, nótese que el STF, después de las modificaciones del CPC, procedió a la denegación de homologación de sentencia extranjera, por falta de citación a través de carta rogatoria, reiterando su posición de larga data. Así, se concluye que nada cambió en este tema. En ese sentido, el STF tiene entendido, cuando se trata de la homologación de sentencias extranjeras, que la citación válida proveniente de la justicia de otro país es aquella efectuada por medio de carta rogatoria, visto que sólo ésta garantiza a la parte aquí domiciliada el derecho a la amplia defensa, siendo consecuentemente materia de orden público. Así, la ausencia de citación por medio de carta rogatoria ha constituido la mayoría de los casos de negativa de los pedidos de homologación de sentencias extranjeras a ser ejecutadas en Brasil, por el hecho de que el orden público constitucional brasileño exige la garantía procesal del contradictorio y la amplia defensa.

369. Otro fundamento para la negativa del exequátur, que se encuentra en varios casos juzgados por el STF, es la coercitividad de la medida requerida, en los casos, por ejemplo, de los arrestos, secuestros y otras medidas coercitivas semejantes. Según la línea tradicional consolidada, tales medidas, cautelares o no, por su carácter coercitivo, sólo pueden ser concedidas si hubiere sentencia con carácter de cosa juzgada determinando la obligación, lo que hace inviable la concesión del exequátur en la carta rogatoria respectiva.

En un reciente Agravio Reglamentario, en la carta rogatoria nº 7613, proveniente de Argentina, el STF aplicó el Protocolo de Las Leñas, y revirtió su posición anterior en cuanto a la denegación del exequátur de cartas rogatorias con medidas de carácter ejecutivo. Nótese que fue así porque consideró que en verdad la homologación de aquella carta rogatoria equivalía a la homologación de una verdadera sentencia extranjera, ahora enviada directamente al STF, en virtud de lo dispuesto en el art. 19 del Protocolo, que prevé la posibilidad de trámite de pedidos de homologación por vía de rogatoria.

Así, ahora efectivamente ha habido un avance en la tramitación de sentencias provenientes de los países del MERCOSUR, manteniéndose

intacto el sistema anterior de que todo pasa por el STF, que aplica su reglamento interno y analiza cuidadosamente todos los requisitos relativos a la homologación de sentencia extranjera en esos casos. Acogiendo la opinión del Ministerio Público, el STF entendió que el Protocolo simplificó el procedimiento previsto en los arts. 218 y siguientes del reglamento interno, para permitir que, en el ámbito del MERCOSUR, la homologación de decisiones de esa naturaleza pudiese ser pedida mediante carta rogatoria. Eso no quita a las mismas su carácter contencioso, ni significa una falta de respeto a la garantía constitucional.

De esa manera, entendió el STF que el "reconocimiento" al que alude el Protocolo en el art. 19 significaba el procedimiento de homologación de sentencia extranjera, en la forma regulada por la legislación brasileña. Ese razonamiento también se basó en la lectura de los artículos subsiguientes del Protocolo, que al definir los requisitos para el reconocimiento indican aquellos necesarios para la concesión del exequátur, sin innovaciones sustanciales.

Reconoció el STF que la redacción del Protocolo no aclara si el reconocimiento precede a la ejecución. No obstante ello hace de obstáculo constitucional insuperable del ordenamiento jurídico brasileño, que da al STF la competencia originaria para la homologación de sentencias extranjeras y la concesión del exequátur a las cartas rogatorias. Por eso, siendo la homologación en el sistema brasileño de naturaleza constitutiva no puede el Protocolo pretendido dispensarla, pero sí permitir la tramitación de sentencias por vía de carta rogatoria, directamente dirigida al órgano jurisdiccional brasileño, por el de otro Estado parte. Esa innovación, como bien dejó sentado el relator, el ministro Sepúlveda Pertenece, no puede ser reducida a nada o casi nada, pues ahora hay un camino nuevo, más directo, para el reconocimiento de las decisiones provenientes de los países integrantes del MERCOSUR. Por la nueva sistemática, las decisiones son enviadas directamente y no dependen más de la iniciativa de las partes.

Con relación a las decisiones de la justicia extranjera para que puedan tener efecto en el territorio nacional, es preciso la manifestación de la más alta corte nacional, a través del procedimiento de homologación de sentencia extranjera. Véase el fragmento de la exposición del ministro Celso de Mello a ese respecto, en la petición nº 11, y que dispensa de cualquier otro comentario:

"La Ley Fundamental promulgada en 1988 –observando una tradición de nuestro constitucionalismo republicano, que fue inaugurada por la Constitución de 1934 (art. 76.I.g), es mantenida por los ordenamientos constitucionales subsiguientes– atribuye al Supremo Tribunal Federal competencia originaria para, en instancia de mera deliberación, homologar la sentencia extranjera que no se muestre ofensiva a la soberanía nacional, al orden público y a las buenas costumbres (CF, art. 102.I.h; RISTF, art. 216). La homologación de sentencia extranjera, en cuanto acto formal de recepción, por el derecho positivo brasileño, de una decisión emanada de Estado extranjero, se apoya dentro del sistema de control limitado instituido por el ordenamiento jurídico nacional, en un juicio meramente deliberatorio, que se traduce en la verificación de los requisitos enumerados tanto por la legislación ordinaria (art. 15 LICC y art. 483 CPC) cuanto, especialmente, por el propio RISTF (art. 217)".

Son presupuestos para la homologación de la sentencia extranjera, en los términos del art. 217 del RISTF: a) su pronunciamiento por juez competente; b) la citación del demandado o la configuración legal de su rebeldía; c) el carácter de cosa juzgada de la sentencia a homologar, o bien el cumplimiento de las formalidades necesarias para su ejecución en el lugar en el que fue dictada; y d) la autenticación por el consulado brasileño, de la sentencia a homologar y la traducción oficial de los documentos.

C) Paraguay

370. En principio no existe obstáculo para la promoción y tramitación de demandas desde el extranjero o por extranjeros; sin embargo el CPC contempla la institución del arraigo y caución en ciertos casos.

Las excepciones previas previstas en el Código son las establecidas en el art. 224: a) incompetencia; b) falta de personería en el demandante, en el demandado o sus representantes; c) falta de acción cuando fuere manifiesta; d) litispendencia (la acción intentada ante un tribunal extranjero no importa litispendencia); e) defecto legal en la forma de deducir la demanda; f) cosa juzgada; g) pago, transacción, conciliación, desistimiento de la acción y prescripción, cuando pudieren resolverse como

de puro derecho; h) convenio arbitral; i) arraigo; y j) las defensas temporarias que se consagran en las leyes generales.

En cuanto a la excepción de arraigo, las condiciones están previstas en el art. 225, diciendo que procederá la excepción de arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda, si el demandante no tuviere domicilio en la República. Corresponde al juez decidir el monto y la clase de caución que deberá prestar el actor y determinará, prudencialmente, el plazo dentro del cual deberá hacerlo. Vencido éste sin que se hubiese dado cumplimiento a la resolución, se tendrá por no presentada la demanda. Esta excepción no procederá: si el actor tuviere en la República bienes registrados, casa de comercio o establecimiento industrial, de valor suficiente como para cubrir las costas del juicio, según la apreciación del juez; si la demanda fuere deducida como reconvención, o por demandado vencido en juicio que autorice la promoción del proceso de conocimiento ordinario; si la competencia de los jueces de la República procediere exclusivamente en virtud del fuero de atracción de los juicios universales; si se hubiere pactado la competencia de los jueces de la República; y si el actor nacional ejerciere una función oficial en el extranjero.

371. El Título V del CPC, que se ocupa "De los Actos Procesales" en su Capítulo IV, se refiere a los exhortos o comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras, las que se harán mediante exhortos (art. 129 del CPC). Las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán mediante exhortos. Tales comunicaciones, así como las que se reciban de dichas autoridades, se regirán por lo dispuesto en los tratados y acuerdos internaciones. A falta de éstos, y cuando se trate de exhortos recibidos de autoridades extranjeras, se aplicarán las siguientes reglas: se requerirá que estén debidamente legalizados y autenticados por un agente diplomático o consular de la República; si el juez paraguayo accediere a su cumplimiento, serán diligenciados con arreglo a las leyes nacionales; y los que fueren librados a petición de parte interesada, expresarán el nombre de la persona encargada de su diligenciamiento, quien deberá abonar los gastos que demande. Los que ocasionen los dirigidos de oficio, se harán sin costo para el exhortante.

D) Uruguay

372. Uruguay ingresó en una profunda reforma procesal a partir del año 1989, en cuyo mes de noviembre entró en vigencia el nuevo Código General del Proceso (CGP) aprobado por Ley N° 15.982, del 18/10/1988, *DO* del 14/11/1988. El CGP incluye un Título especial, el número X, sobre Normas procesales internacionales. Dicho título se divide en cuatro Capítulos dedicados respectivamente a: Capítulo I: Principios generales; Capítulo II: De la cooperación judicial internacional; Capítulo III: De la cooperación judicial internacional en materia cautelar; y Capítulo IV: Del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. O sea que los Capítulos II y III abarcan todo el tema de la cooperación, la de mero trámite, probatoria y cautelar. Como ya lo hemos explicado, la confección de dicha normativa estuvo inspirada en las convenciones de la CIDIP, de modo que las soluciones que se consagran son prácticamente idénticas.

373. Con respecto al principio de la jurisdicción más próxima, recogido en el art. 535 del CGP y tomado en forma casi textual del art. 10 de la Convención interamericana sobre medidas cautelares de 1979, existe un destacable desarrollo jurisprudencial. En sentencia N° 1557/1995 (*Anuario de Derecho Comercial uruguayo*, t. 7, 1996, pp. 441 a 449, y *RTYS*, N° 10, caso N° 171) en el caso *"The Insurance Company of North America c/ Navegaçao Mansur S.A."*, el Dr. Luis Simón entendió que "el art. 535.1 del CGP determina tanto la competencia de esta Sede (por hallarse en su jurisdicción el buque objeto de la misma) como amplios poderes cautelares para ejercer esa competencia". En el caso, el juez uruguayo había decretado el arresto de un buque de la demandada, medida cautelar ésta que consiste en la prohibición de su salida del puerto; la demandada recurrió la medida pero su pretensión fue rechazada por la sentencia que se comenta. No se entendió de recibo la petición de asunción de competencia por la sede en el proceso principal, en el caso, la chilena, donde se había incoado la demanda por incumplimiento de contrato de transporte marítimo internacional de mercaderías, con lugar de cumplimiento en Chile. Sostuvo al respecto el Dr. Simón que "la norma de cooperación internacional del art. 535 CGP,

perfectamente puede determinar que mientras un tribunal sea competente para la cautela, otro lo sea para la promoción del pleito principal. En tales circunstancias, no queda al gestionante (...) otra posibilidad que presentar la demanda ante el juez competente para entender en ella, justificándolo luego ante el competente para la cautela (...)". Y concluye más adelante: "el principio de la jurisdicción más próxima se limita en nuestro derecho a la etapa cautelar y deja expresamente a salvo la normativa general en materia de competencia para entender en el pleito principal".

374. En el caso *"Empresa Internacional Ltda. c/ Latinka S.A. y otros, Cobro de pesos, Ficha 219/993"*, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno de Uruguay, en sentencia del 30/5/1994 (*La Justicia Uruguaya*, t. CX, caso N° 12.735), señala que en primera instancia se había dispuesto la medida cautelar invocándose los arts. 311 y 535 del CGP, sin fijar el plazo para deducir la demanda. El art. 535.3 establece que si el proceso aún no se hubiera iniciado, el tribunal que ordena la medida fijará un plazo para ello, conforme lo establecido en el art. 311.2, so pena de caducidad de la medida. El art. 311 fija un plazo de treinta días para presentar la demanda, lo cual se cumplió en el caso que se comenta, por lo que no existió caducidad alguna. Pero *a posteriori* se planteó una excepción de incompetencia del juez uruguayo, que fue acogida, por lo que se otorgó un nuevo plazo para ejercitar la demanda ante la sede extranjera competente. El tribunal entendió que no se trataba de reabrir plazo alguno, sino que "únicamente luego de decidida la cuestión de la incompetencia, es que se ingresa a la situación prevista por el art. 535.3 CGP".

El tribunal también confirmó la resolución del juez de Primera Instancia en el sentido de que la tercería de mejor derecho –en el caso, por un crédito laboral– debía ser ventilada ante el juez extranjero, rechazando la pretensión del apelante de que se resolviera por el juez que trabó la medida (el uruguayo), sosteniendo que no se configuraban ninguna de las hipótesis del art. 531.3 CGP, referidas a la tercería de dominio u otros derechos reales sobre el bien embargado, en cuyo caso sí habría sido competente el juez uruguayo.

Bibliografía complementaria

DREYZIN DE KLOR, A., "La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR", en A. DREYZIN DE KLOR (dir.), *Temas de derecho de la integración - Derecho internacional privado*, Córdoba, 1998, pp. 105-130; HUCK, H.M. / SILVA FILHO, A.C.M. DA, "A citaçao por carta rogatoria", en L.O. BATISTA / M. HUCK / P.B. CASELLA (orgs.), *Direito do comercio internacional*, San Pablo, LTr, 1994; LANDONI SOSA, A. (dir.), *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del MERCOSUR*, Montevideo, FCU, 1997; MARTÍNEZ CRESPO, M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 1998; MORELLI, G., *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1953; OPERTTI BADÁN, D., *Exhortos y embargo de bienes extranjeros*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1976; TELLECHEA, E., *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1982; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil internacional*, Montevideo, Idea, 2000; RADZYMINSKI, A., "El régimen de las notificaciones provenientes del extranjero en el derecho procesal civil internacional argentino", *ED*, 23/4/1991, pp. 1-6; UZAL, M.E., "Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional", *LL*, 1988-E. Sec. doctrina, pp. 1075-1080.

Sección V
Reconocimiento de decisiones y documentos de autoridades de otros Estados

Capítulo 10

Aspectos generales del reconocimiento

Diego P. Fernández Arroyo* y Eduardo Vescovi

I. Nociones previas

1. Definiciones conceptuales

375. El sector del reconocimiento, tradicionalmente estudiado junto al de la jurisdicción internacional como si fueran anverso y reverso de la misma moneda, ha ido cobrando progresivamente cierta autonomía (como relatamos en el Cap. 1.III.2). Ahora nos interesa ver en concreto cómo es y cómo funciona este sector que se ocupa de todos los supuestos en los cuales se plantea la eficacia extraterritorial de las decisiones y de los documentos y actos que emiten o autorizan las autoridades de un Estado. Para eso, lo primero que se debe destacar es que si el término reconocimiento da nombre a esta parte del DIPr es porque engloba todos sus supuestos, cualesquiera sean los efectos que se pretendan y ya sea que se trate de decisiones judiciales o administrativas, documentos o actos. El reconocimiento de documentos (y actos) públicos extranjeros ha sido encomendado a María Blanca Noodt Taquela, que se ocupa del tema en el epígrafe IV de este capítulo. Antes de eso, en los tres primeros epígrafes, nos ocuparemos de lo primero que viene a la cabeza cuando se habla de reconocimiento, es decir, de los efectos extraterritoriales de las decisiones judiciales.

El término ejecución se refiere, en cambio, a la producción de un efecto concreto, precisamente, el efecto ejecutivo, que es el característico de

---

* Excepto Ep. 10.IV por María Blanca Noodt Taquela.

las sentencias que condenan a pagar una cantidad. En este sentido, la ejecución implica siempre reconocimiento mientras que el reconocimiento puede producir efectos diferentes que los ejecutivos. Exequátur, por su parte, se usa normalmente para designar a un especial procedimiento que debe seguirse para lograr que la decisión extranjera produzca determinados efectos o todos los posibles, sobre la base de su homologación (Requejo Isidro).

376. Nótese que hablamos de decisiones y no solamente de sentencias, aunque éstas son las que atraen más la atención. Es verdad que la sentencia, en cuanto acto procesal que pone fin a un litigio mediante una decisión sobre el fondo, constituye el objeto típico del sector y permite observar prácticamente todas sus aristas. Sin embargo, no debe olvidarse que otro tipo de decisiones, como la medida cautelar, puede ser también fundamental para que se alcance una solución satisfactoria de un caso. En general, el problema de admitir el reconocimiento de decisiones diferentes a las sentencias definitivas, es un problema de firmeza. La cuestión consiste en determinar si para el Estado requerido resulta aceptable –y, en su caso, en qué medida– que la decisión extranjera despliegue efectos pese a no haber adquirido en el Estado de origen el carácter de cosa juzgada, es decir, pese a ser susceptible de recurso en este país. En este sentido, no sólo una sentencia de un tribunal diferente a la máxima instancia del Estado de origen carece de firmeza hasta que no se venza el plazo fijado por la legislación procesal para recurrirla; hay varios tipos de decisiones que son esencialmente revocables por la misma autoridad que las ha dictado o por otra diferente. Así sucede con las mencionadas medidas cautelares, con las decisiones que recaen en procesos de jurisdicción voluntaria o con las sentencias que se adoptan en procesos ejecutivos que, por definición, pueden revisarse posteriormente mediante juicios declarativos.

Con carácter general, cabe decir que los sistemas estatales de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras suelen limitar su ámbito de aplicación a las sentencias extranjeras que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, entendiendo ésta, al menos, en su carácter formal, es decir, la referida a la imposibilidad de revisar la sentencia dentro del mismo proceso (ej.: Convención interamericana sobre eficiacia extrate-

rritorial de sentencias y laudos, art. 2.g). Esto significa que los Estados, si bien se comprometen unilateralmente a dar efectos a las decisiones dictadas por tribunales extranjeros bajo ciertas condiciones, prefieren adoptar tal compromiso exclusivamente respecto de situaciones estables que no puedan estar sujetas al albur de ulteriores modificaciones en el Estado de origen. Pero la cuestión cambia en muchos textos convencionales bilaterales y multilaterales, en los cuales la vinculación entre los Estados parte admite mayor flexibilidad a la hora de permitir el despliegue de efectos de decisiones extranjeras carentes de firmeza. El ejemplo más claro en este contexto lo constituye el sistema vigente en los Estados europeos que participan del sistema de Bruselas / Lugano. Allí, la decisión extranjera no encuentra problemas para tener efectos en otro Estado del sistema aun cuando no sea firme, pero se faculta al juez del Estado requerido a suspender el reconocimiento si tiene conocimiento del planteamiento de un recurso en el Estado de origen.

377. Del mismo modo, la vinculación más o menos estrecha entre los países que se dotan de un régimen común de reconocimiento y ejecución (como la que se da entre los países del sistema de Bruselas / Lugano, pero también en países conectados a través de reglamentaciones bilaterales), suele desembocar en la adopción de un mecanismo que se ha dado en llamar, con discutible fortuna, de "reconocimiento automático". Las dudas acerca de tal nombre estriban en que el carácter automático puede sugerir la producción de efectos extraterritoriales fuera de cualquier control en el Estado de destino, cosa que nunca ocurre, al menos en el estadio actual de la evolución del DIPr, ni siquiera en los sistemas integrados (aunque en la UE hay trabajos en tal sentido). Lo que sí existe y que es muy distinto –sin dejar de ser un notable avance– es el reconocimiento sin necesidad de un procedimiento de homologación que habilite a la sentencia extranjera para desplegar efectos en el foro. Es decir que el predicado automatismo no implica ausencia de control de que la decisión extranjera cumple con determinados requisitos, sino que dicho control, en lugar de efectuarse en un procedimiento previo especial, se realiza directamente por la autoridad encargada de conceder el efecto de que se trate (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). El reconocimiento así concebido no puede producir efecto de cosa juzgada, esto es, un efecto

de alcance general en el Estado requerido. Antes al contrario, sólo producirá efectos respecto del caso planteado ante esa autoridad concreta, y bien podría suceder que una misma decisión sea reconocida por una autoridad y rechazada por otra del mismo Estado.

Las soluciones en torno al requisito de firmeza, a los tipos de decisiones susceptibles de ser reconocidas y a la admisión o no del llamado reconocimiento automático, dependerán de la actitud de cada Estado al definir su marco de relaciones con los demás en materia de DIPr y, en particular, de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Lo que de cualquier modo debe quedar claro es que en un DIPr que funciona según parámetros de cooperación y en el cual la solución justa de las situaciones privadas internacionales problemáticas aparezca como una finalidad esencial, el reconocimiento tiene que ser forzosamente la regla y las hipótesis de denegación del mismo excepciones imprescindibles y suficientemente justificadas. Dentro de ese esquema se inscribe la tendencia a flexibilizar los requisitos y los procedimientos para que una decisión pueda tener efectos en otros Estados.

378. Del mismo modo, en un esquema así concebido debería regir el principio de la aplicación de las reglas más favorables al reconocimiento, ya sea por establecer menos condiciones o condiciones más flexibles, o un procedimiento más accesible. Esto significa que aun cuando resultara claramente aplicable una convención internacional para regir los efectos de una sentencia extranjera (como la Convención interamericana de 1979), podría admitirse el recurso a otras normas vigentes sobre reconocimiento, ya sean éstas convencionales (como los TM) o autónomas. En algunos textos convencionales, este principio se consagra expresamente, como sucede en el art. VII.1 de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958).

2. Efectos extraterritoriales de las decisiones judiciales

379. La presentación de una decisión judicial en un Estado diferente a aquel en el que ha sido adoptada puede tener distintas finalidades. A

veces lo que se pretende es simplemente, mediante esa presentación, probar la producción de determinado hecho o la celebración de determinado acto en un país extranjero, dentro de un proceso abierto en el Estado de destino. Así puede darse el caso de una sentencia mexicana en la cual se dio por probada una relación extramatrimonial entre dos personas, que se aporta en un juicio de divorcio abierto en el Uruguay con el fin de obtener una sentencia que sea más favorable. Esto es lo que se denomina habitualmente efecto probatorio.

Esa situación no debe confundirse con la que se produciría, por ejemplo, si se invocara una sentencia de divorcio extranjera para acreditar la capacidad nupcial; en este caso no se trataría de lograr meros efectos probatorios sino el efecto típico de la decisión extranjera que disuelve el vínculo matrimonial: la recuperación de la capacidad nupcial. Debe tenerse en cuenta que la sentencia, en tanto documento público, siempre que cumpla ciertos requisitos, hace fe respecto de la circunstancia de haberse otorgado, su fecha, la existencia del proceso, quiénes comparecieron, etc. El juez o tribunal del Estado requerido puede considerar probados todos esos extremos exclusivamente en relación con el proceso en el que está entendiendo, es decir, sin que esa acogida favorable de la sentencia extranjera condicione de algún modo a otras autoridades judiciales del Estado requerido respecto de otros procesos abiertos en el mismo.

380. Algunas veces una decisión judicial, además de los efectos que le sean inherentes, puede desplegar en el Estado requerido alguno de los llamados efectos secundarios o reflejos; incluso, una sentencia que no tenga carácter privado –como una condena penal– puede tener consecuencias en el orden civil, como sucede en muchos países con las condenas privativas de la libertad de más de un determinado número de años. En estos casos, lo que el interesado puede querer obtener en el Estado requerido no será el reconocimiento de los efectos propios de la sentencia sino de algún efecto secundario como puede ser su utilización como causal de divorcio y/o de pérdida de la patria potestad.

381. En cuanto al "efecto típico, propio y específico del fallo", se lo suele mencionar como el efecto imperativo, indicando que el alcance

concreto del mismo depende del carácter de la sentencia, es decir, de si ésta es declarativa, constitutiva o de condena. Generalmente los Estados han sido mucho más exigentes para aceptar la eficacia de una sentencia extranjera que condena al pago de una suma de dinero, que para convalidar la eficacia de una sentencia de divorcio o de filiación. Siendo que en ambos casos se trata de eficacia imperativa, sólo se diferencian en la naturaleza de la sentencia, que en un caso es de condena y en los otros puede ser constitutiva o declarativa. Y nótese que puede tener más trascendencia para un ordenamiento jurídico e incluso puede involucrar una importancia económica muy superior el reconocimiento de una sentencia constitutiva que el de una de condena. Sin embargo, en general, las sentencias de condena suelen ser vistas como más "comprometedoras" para el Estado requerido, por lo que suele sometérselas a requisitos más estrictos. En el supuesto del reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio con la finalidad de poder contraer matrimonio, de lo que estamos hablando, como antes dijimos, es de su eficacia imperativa. Pero sucede que como "sólo" se trata de una sentencia constitutiva, sus efectos en el Estado requerido no se traducen en un "hacer físico", como en las sentencias de condena; a lo sumo, en una anotación al margen de un testimonio de estado civil. Y eso a pesar de la repercusión económica que pueda tener.

382. Finalmente, cuando se habla, como antes hemos hecho, del efecto de cosa juzgada, en realidad no se está hablando de otra posibilidad de invocación de la sentencia extranjera, sino del mismo efecto imperativo. Pero sólo que en vez de invocarlo de modo activo o positivo –como "ataque"– se lo suele invocar de modo pasivo o negativo –como defensa–. En cualquier caso, no cabe duda que cuando el demandado quiere hacer valer en un proceso la excepción de cosa juzgada proveniente de un fallo extranjero, pretendiendo de este modo aniquilar la acción instaurada, no está haciendo otra cosa que intentar hacer valer la eficacia imperativa de la sentencia extranjera, como una defensa. Por esa misma razón, para que pueda hacerla valer, la sentencia debe cumplir todos los requisitos exigidos por la normativa (institucional, convencional o estatal) vigente en el Estado requerido que sea aplicable al caso planteado. Así lo prevé expresamente, por ejemplo, el art. 9 TMDProcI

(1940), en vigor en Argentina, Paraguay y Uruguay. En la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales (Montevideo, 1979), en cambio, no se incluye ninguna referencia de este tipo (Cap. 11.I.3).

II. *Carácter del reconocimiento*

1. Alcance de la regla de no revisión del fondo de la decisión extranjera

383. Cuando se dice que la decisión extranjera no debe someterse a un control de fondo lo que se está expresando es que el caso queda terminado en el Estado de origen y en modo alguno se va a abrir otra vez en otro Estado en el que la decisión pretenda desplegar algún efecto. Los requisitos que deben cumplirse a este fin serían relativos a la regularidad formal de la decisión que se ha adoptado en el Estado de origen (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo), entendiendo por tales los que no impliquen revisar la estimación que el juez extranjero ha llevado a cabo respecto de los hechos y del derecho aplicable. Extremando esa argumentación, sólo serían susceptibles de análisis las cuestiones que tienen que ver con la autenticidad y la accesibilidad para el juez del Estado requerido (es decir, lo que se refiere a legalización y traducción del documento que contiene la decisión), con el aspecto externo del respeto al derecho de defensa del demandado (que se resume en la constancia fehaciente de la notificación en tiempo y forma) y con la eventual contradicción con una decisión adoptada o a adoptarse sobre el mismo caso en el Estado requerido. Sin embargo, una ojeada siquiera fugaz sobre los sistemas de reconocimiento vigentes en el mundo nos hará caer en la cuenta de que el control al cual se somete la decisión extranjera supera por lo general el ámbito meramente formal, sin que ello implique una reapertura del caso.

Lo dicho implica que cuando se encuentra, dentro de determinada reglamentación sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, una norma que ordena en términos tajantes abstenerse de proceder a la revisión del fondo, se impone una interpretación matizada y sistemática

de la misma. Si prestamos atención al sistema vigente en los países del sistema de Bruselas (lo mismo que sucede en el ámbito ampliado por la Convención de Lugano y en el proyecto de Convención de La Haya), podremos comprobar con facilidad que dicha regla coexiste con la sempiterna cláusula de orden público internacional, cuya aplicación, como veremos, exige mucho más que una mera inspección de la regularidad formal de la decisión extranjera. Y eso en un ámbito de integración en el cual la vigencia del principio de confianza comunitaria y las exigencias de la configuración de un mercado único han provocado que el proceso de reconocimiento haya dado significativos pasos hacia una cierta automaticidad. Con más razón, fuera de dicho ámbito –y dentro del mismo, pero cuando se trata de reconocer decisiones provenientes de un Estado no comunitario– los supuestos de revisión lisa y llana de la decisión material del juez de origen, en orden a aceptar o denegar el reconocimiento, se hacen todavía más patentes.

2. "Excepciones" a la regla general

A) Respeto de las garantías procesales

384. Uno de las típicas excepciones que puede darse a la regla de no revisión de la sentencia extranjera tiene que ver con la necesidad de que se haya respetado claramente el derecho de defensa, derecho humano esencial en materia procesal. En las mayorías de las reglamentaciones sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras este requisito tiene al menos una traducción concreta que pasa por la debida notificación al demandado del proceso iniciado en su contra. En general lo que se requiere es que el demandado reciba dicha notificación en alguna forma admitida por la normativa vigente en el lugar en que la misma se lleva a cabo y con la antelación suficiente para preparar su defensa. Por lo tanto, quien pretenda invocar con posibilidades de éxito una sentencia extranjera para su reconocimiento, deberá cuidarse de obtener una constancia fehaciente de que el demandado ha recibido tal notificación. Con este resguardo, aunque el demandado no haya comparecido y, en consecuencia, la sentencia que se quiere reconocer haya sido

dictada sin que haya mediado su participación en el proceso (en rebeldía), no existirían obstáculos al reconocimiento. Incluso, en los ordenamientos donde se hace alguna referencia al requisito de que la sentencia extranjera no haya sido dictada en rebeldía, la interpretación judicial suele concretar dicho requisito en la notificación en tiempo y forma; de lo contrario se permitiría al demandado utilizar su no comparecencia estratégicamente, con el objetivo de evitar el eventual reconocimiento en el Estado cuya legislación prevea ese requisito. Esto significa que lo que se exige es que el demandado haya tenido la oportunidad de presentarse. Si decide no aprovecharla, su conducta no puede servirle para obstaculizar el reconocimiento (Tellechea).

385. Pero evidentemente la exigencia de notificación no satisface por completo la condición de respeto a las garantías procesales. Sería ilógico que un derecho de esta trascendencia se agote en el momento de la notificación. Antes al contrario, a las partes se les debe garantizar el derecho a producir prueba, entablar recursos, etc., todo de acuerdo con la ley que resulte aplicable al proceso, por regla general, la ley del Estado donde el mismo tiene lugar (Cap. 8.II). En un sentido más amplio, lo que cabe afirmar es que el requisito de respeto a las garantías procesales lo que busca es que exista constancia de que el proceso desarrollado en el extranjero haya sido justo, esto es, que haya resguardado la imparcialidad, la bilateralidad y la igualdad. Como estas últimas cuestiones no suelen aparecer en forma expresa en las legislaciones vigentes, dichos aspectos de la garantía de defensa en juicio se incluyen dentro del requisito de no contradicción con el orden público del Estado requerido. De este modo, el orden público como obstáculo al reconocimiento adquiere dos facetas diferentes y complementarias: procesal y sustancial.

B) No contradicción con el orden público internacional del Estado requerido

386. Es muy difícil encontrar unas reglas de reconocimiento, cualquiera sea su ámbito de producción normativa, que no contengan este requisito. Si no se hubiera aprobado la Ley venezolana de DIPr de 1998 incluso afirmaríamos la inexistencia de un ordenamiento en el que no es-

té previsto el control de orden público (de cualquier modo, habrá que ver cómo juega en la jurisprudencia la eliminación del requisito en el nuevo sistema venezolano). En el sistema comunitario europeo, en el cual los países tienen un grado de vinculación jurídica difícilmente parangonable, el Reglamento 44/2001 que regula la jurisdicción y el reconocimiento en materia civil y mercantil, "comunitarizando" la Convención de Bruselas (Cap. 4.I.4.A)), se sigue incluyendo tal control pese a una propuesta que realizó la Comisión de la CE en enero de 1998. Y no se trata sólo de una presencia testimonial en el texto positivo; hay más de un conocido caso de aplicación del orden público en el reconocimiento de sentencias entre Estados comunitarios. Por ejemplo, la Sent. del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *"Krombach"*, en la cual el Tribunal comunitario consideró ajustado al requisito de orden público previsto en la Convención de Bruselas –art. 27.1– el rechazo del reconocimiento en Alemania de una sentencia de responsabilidad civil francesa adoptada como consecuencia de otra –condenatoria– en un procedimiento penal, por no haberse admitido al demandado (domiciliado en Alemania) defenderse por medio de abogados, sin comparecer personalmente. El tribunal francés había actuado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 630 del Código de Procedimiento Penal de ese país, que establece que el acusado en rebeldía no puede estar representado por ningún abogado. En Alemania se ordenó la ejecución de la sentencia en primera instancia, se confirmó en segunda instancia rechazando el recurso del demandado y, al insistir éste ante el Tribunal Federal, se produjo el recurso prejudicial al TJCE, el cual decidió, como hemos indicado, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que, como se sabe, tiene un ámbito de actuación mucho más amplio que el de la Comunidad Europea).

387. En su forma más tradicional, el orden público actúa en el sector del reconocimiento obstaculizando el despliegue de efectos de una decisión extranjera en el foro, basándose en la detección de una contradicción manifiesta entre el contenido de la decisión extranjera y los principios del orden público del Estado requerido. Si incluimos esta cuestión dentro de las "excepciones" a la regla de la no revisión del fondo de la decisión extranjera, es simplemente por la ostensible necesidad de anali-

zar cómo ha resuelto el caso el juez de origen para que pueda jugar el orden público del Estado requerido. No obstante, en ningún caso se procederá en éste a "revisar" dicha decisión, sino que se aceptará o se rechazará en los términos que ahora señalaremos. El primer problema radica entonces en determinar cuándo se está en presencia de un principio de orden público internacional para, una vez claro ese extremo, analizar *si* –y en qué medida– *la decisión extranjera choca de un modo inaceptable* con él y qué consecuencias se derivan de esa colisión. Cada una de esas cuestiones requiere una serie de precisiones que en general se corresponden con las realizadas en Cap. 6.IV.8, en relación con la otra función básica del orden público internacional, consistente en impedir la aplicación en el foro del derecho extranjero conectado por la norma indirecta del foro.

Ya hemos indicado allí que la noción de orden público internacional, además de ser temporal y espacialmente relativa, es obviamente mucho más restringida que la de orden público interno. Si se considera como regla general la posibilidad de admitir los efectos de una decisión adoptada por una autoridad judicial extranjera, hay que partir de la idea de que será muy habitual que la misma se haya basado en reglas diferentes a las del Estado requerido; incluso tratándose de cuestiones para las cuales el ordenamiento de este último establece normas que no pueden disponerse. Este dato, sin embargo, no obstará al reconocimiento, salvo en los casos excepcionales en los cuales, como antes señalamos, pueda identificarse la existencia de un principio de orden público internacional. Con todo, la identificación del principio y la constatación de la contradicción insalvable (la fórmula más usada es la que exige una "incompatibilidad manifiesta") entre éste y la decisión extranjera, no alcanzan para poner en funcionamiento el obstáculo del orden público. Para esto se necesita además que el supuesto sobre el que ha recaído la decisión foránea esté suficientemente vinculado con el Estado requerido, de modo tal que el juego de dicho obstáculo tenga algún sentido. En efecto, la defensa de los intereses fundamentales del foro no tendría justificación respecto de cuestiones sólo tangencial o accidentalmente conectadas con él. Por otro lado, aun cuando se cumpla esa exigencia de vinculación con el foro, puede ocurrir que el principio de orden público sólo afecte a una parte de la decisión extranjera y no a su totalidad (lo que implica considerar

que tal decisión es "divisible"). En estos casos es generalmente admitida la posibilidad de una aplicación parcial del orden público que sólo obste al reconocimiento de la parte manifiestamente incompatible, admitiendo la eficacia del resto de la decisión.

C) Control de la ley aplicada

388. En los sistemas de reconocimiento de algunos países y en algunos convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución, los efectos de una decisión extranjera relativa a determinadas materias "sensibles" (sobre todo las relacionadas con aspectos del derecho de familia, aunque también con otras cuestiones) sólo se admiten si el contenido de las normas aplicadas por el juez extranjero coinciden con las de las normas que hubiera aplicado el juez del Estado requerido al mismo supuesto. A veces, la exigencia se mitiga permitiendo el reconocimiento cuando, aunque las normas no coincidan, el resultado obtenido por el juez de origen en su decisión sea "equivalente" al que se hubiera conseguido en el Estado requerido. La presencia de un requisito como este tiene que ver con la consideración por el legislador de que existen algunas materias o cuestiones para las cuales la única respuesta aceptable es la prevista por él mismo. Respecto de ellas podría descartarse directamente la posibilidad de reconocer cualquier decisión extranjera, pero la introducción del requisito del control de la ley aplicada permite alcanzar el mismo objetivo de una forma más "cooperante" y respetuosa del principio de economía procesal: si el caso ya está resuelto del mismo modo que lo haría el juez del foro, someter al interesado al planteamiento de un nuevo proceso significaría un dispendio de tiempo, esfuerzo y dinero a todas luces irrazonable. Desde la perspectiva opuesta, no debe dejar de indicarse que en tiempos de un DIPr basado en la cooperación internacional, el mantenimiento de un requisito como este o, lo que es lo mismo, de una lista de materias sensibles ajenas al funcionamiento normal de las reglas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, no parece tener mucho sentido. En cierto modo, el control de la ley aplicada equivaldría a una noción de orden público elefantiásica, claramente incompatible con las bases fundamentales del DIPr de nuestros días.

III. Condiciones del reconocimiento

1. Autenticidad de la decisión

389. Para que proceda el reconocimiento de una decisión extranjera, lo primero que se necesita es que exista seguridad de que se está precisamente frente a una decisión judicial y no a otra cosa diferente. Se trata del aspecto más externo del reconocimiento: el que está vinculado con el soporte material de la decisión. La autoridad encargada de decidir acerca de los efectos de ésta en el Estado requerido, precisa contar con unos parámetros válidos que le permitan saber que lo que se le está presentando es un documento público que contiene una decisión judicial susceptible *prima facie* de reconocimiento. En este sentido, la autenticidad se presenta como un prerrequisito, ya que sólo si se admite que se trata de un documento de ese tipo se podrá entrar en el análisis del cumplimiento de los requisitos propiamente dichos. El parámetro esencial ha consistido históricamente en la legalización. De ahí que algunas veces se utilice como sinónimo de autenticación. La legalización consiste en la intervención de una autoridad diferente a la que adoptó la decisión, dando por cierta la identidad de ésta; es decir que la autoridad que legaliza nos viene a decir que la firma que aparece en el documento corresponde realmente a la persona que ha tomado la decisión y que es quien se supone formalmente autorizado a emitir dicho tipo de documentos (lo mismo vale para cualquier otro acto obrante en un documento público).

Como es fácil de advertir, desde la óptica del Estado requerido se necesita que la autoridad que legaliza sea suficientemente creíble, porque de lo contrario estaríamos en la misma situación que al principio. La forma que tradicionalmente se ha seguido es, entonces, la de una "cadena de legalizaciones" donde cada autoridad que interviene da fe de la identidad de la anterior, normalmente sobre la base de la coincidencia de la firma que aparece en el documento y la que existe en un registro *ad hoc*. Al final de la cadena, una vez que se llega al máximo rango en la escala de las autoridades nacionales con potestades de legalización, el documento (en nuestro caso, el documento que contiene la decisión judicial, que será en realidad una copia del original) se presenta ante el cónsul del Estado requerido que desempeña sus funciones en el Estado de origen,

quien legaliza la firma de la última autoridad interviniente de este Estado. El ciclo se cierra cuando el documento, ya en el Estado requerido, se somete a la legalización del funcionario competente del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde existe un registro de firmas de los cónsules de ese país que actúan por el mundo. Argentina ha eliminado la última legalización mencionada, es decir la del Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio del Decreto 1629, de 7/12/2001 (*BO*, 12/12/2001), que modifica el Reglamento Consular.

390. Existe un remedio convencional para paliar la extrema longitud que puede alcanzar la cadena de legalizaciones. Se trata de la Convención de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 de octubre de 1961 ("convención de la apostilla"). En realidad lo que suprime esta Convención es el eslabón de la legalización consular y el consecuente paso por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Estado requerido; además, no cubre la totalidad de los documentos públicos, ya que deja fuera de su ámbito material de aplicación a los extendidos por funcionarios diplomáticos o consulares y los que están directamente relacionados con operaciones comerciales o aduaneras. Con todo, sirve para agilizar los trámites de una manera significativa. El mecanismo previsto consiste en que cada Estado parte debe designar una (o varias, según el tipo de documento) autoridad nacional encargada de estampar sobre el documento o en una extensión del mismo un sello denominado "apostilla" (en la versión argentina de la Convención se utiliza el término "acotación") en el cual se deben inscribir una serie de datos acerca del documento. Una vez apostillado, el documento es considerado auténtico en todos los demás Estados parte, lo cual presenta una clara ventaja respecto del mecanismo tradicional, que requiere tantas legalizaciones consulares como países donde se quiera hacer valer el documento. A pesar de la importancia práctica de la Convención de 1961 y de su notable aceptación, el único de los países del MERCOSUR y asociados que se ha incorporado al mismo por el momento es Argentina. Otros Estados latinoamericanos también lo han hecho (Colombia, El Salvador, México, Panamá y Venezuela), así como Estados Unidos y la mayoría de los países del Caribe anglófono.

Por supuesto que el mecanismo ideal para facilitar la circulación de documentos es la eliminación lisa y llana de la exigencia de cualquier tipo de legalización, tal como en el ámbito del MERCOSUR realiza el Protocolo de Las Leñas para los documentos que se tramiten por intermedio de la autoridad central (art. 26: "(...) los documentos (...) que sean tramitados por intermedio de la autoridad central, quedan exceptuados de toda legalización, apostilla u otra formalidad análoga cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado parte").

391. A los mismos efectos, la autoridad del Estado requerido necesita poder entender el contenido de la decisión judicial extranjera (lo mismo que acontece con cualquier otro tipo de documento público extranjero). Esto significa que, para los documentos redactados en una lengua diferente a la oficial (o a las oficiales) del Estado requerido, se exija tradicionalmente una traducción del texto, exigencia que en algunos casos es más estricta que en otros. Así, por ejemplo, el Protocolo de Las Leñas se limita a exigir "una traducción al idioma de la autoridad requerida" (art. 10), sin precisar el carácter oficial o no de dicha traducción.

2. Competencia del juez de origen

392. Un requisito básico para que se pueda reconocer efectos a una decisión judicial extranjera consiste en tener un cierto grado de certeza de que la autoridad que la ha dictado haya tenido la potestad necesaria para ello, en otras palabras: que la decisión haya sido dictada por un juez o tribunal competente. El requisito es tradicionalmente considerado "básico" porque se entiende que precisamente el punto de partida para que pueda plantearse el máximo grado de cooperación jurídica entre dos Estados –que es el reconocimiento y la eventual ejecución de una decisión judicial extranjera– es que dicha decisión no provenga de cualquiera sino de una autoridad específicamente autorizada por la normativa aplicable. Una resolución que no ha sido adoptada por un juez competente no sería considerada en sentido estricto como resolución judicial a efectos de su reconocimiento. Aceptado esto, el problema pasa por determinar cómo se "mide" ese requisito de competencia del juez de ori-

gen. Dentro de los sistemas de reconocimiento previstos en las dimensiones autónomas de los diferentes Estados, las opciones que se ofrecen van desde el respeto más o menos absoluto a las normas de competencia del Estado de origen (el requisito se considera cumplido si el juez era competente según las normas de jurisdicción internacional vigentes en su propio ordenamiento), hasta la realización de una suerte de bilateralización de las normas de jurisdicción del Estado requerido (se considera que el juez extranjero tenía competencia para dictar la resolución que ahora se pretende reconocer en el foro, si la vigencia ideal de las normas de jurisdicción del foro en el Estado de origen hubieran conferido dicha competencia). Obviamente, cuando en un país se establece que la jurisdicción respecto de determinada materia tiene carácter exclusivo, las decisiones extranjeras sobre la misma nunca podrán ser reconocidas, exista una norma expresa en tal sentido (ej.: art. 53.3 Ley venezolana de DIPr) o no.

También en las convenciones internacionales existen diferentes modelos para regular el cumplimiento de este requisito esencial. La Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II, 1979), por ejemplo, prevé el último de los sistemas mencionados:

> "Art. 2. Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras (...) tendrán eficacia extraterritorial en los Estados parte si reúnen las condiciones siguientes: (...) d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto."

Otras convenciones, bilaterales o multilaterales, que regulan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales extranjeras establecen expresamente normas de competencia judicial indirecta que, como vimos oportunamente (Cap. 3.III.3), constituyen un modelo normativo específico para la puesta en funcionamiento de este requisito. En el ámbito interamericano existe una convención de la CIDIP III que fue elaborada con la intención de regular exhaustivamente el requisito de la competencia del juez de origen a través, precisamente, de normas de competencia indirecta. Como es sabido, esta convención no tuvo ningún éxito, ya que durante años no entró en vigencia porque sólo había sido

ratificada por México. Aunque Uruguay la aprobó por Ley N° 17.533 de 9/8/2002, publicada en *DO* 26.072 de 16/8/2002, al 1/12/2002 no había depositado el instrumento de ratificación.

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

393. Este último requisito, que suele aparecer expresa o tácitamente en todos los sistemas de reconocimiento, tanto estatales como convencionales, proviene de una exigencia de la práctica. Parece suficientemente razonable que si ya existe en el Estado requerido una decisión sobre el mismo supuesto que se presenta para su reconocimiento, esta última no pueda prosperar, ya que actuar de otra manera implicaría el imposible expediente de hacer efectivas dos soluciones del mismo caso, las cuales serían casi con toda seguridad diferentes. Si se diera la dudosa hipótesis de dos soluciones perfectamente idénticas, la existencia de este requisito vendría avalada por un obvio fundamento de economía procesal. Claro que este enunciado, tan fácilmente expuesto, necesita algunos matices.

En primer lugar habrá que ver cómo se plantea el texto expreso de este requisito en aquellos ordenamientos que lo prevean y tener en cuenta las exigencias concretas que allí se contienen. Deberá analizarse, en particular, si el requisito se refiere exclusivamente a las decisiones ya adoptadas en el Estado requerido, o si, por el contrario, se extiende a procesos que estén desarrollándose en este Estado. Fuera de una norma expresa o como parámetro de interpretación de la misma –cuando no se contenga este dato–, tendrá especial importancia la prioridad temporal dada por la fecha de iniciación de ambos procesos o por la fecha de la adopción de la decisión, a efectos de no convalidar situaciones fraudulentas. Por otro lado, debe llamarse la atención sobre la importancia de contar con reglas procesales adecuadas para poner en funcionamiento estos criterios. Por muy razonable que resulte que el juez de un Estado no continúe con la sustanciación de un proceso iniciado con posterioridad a otro extranjero sobre el que ya ha recaído sentencia, la cual se pretende reconocer y/o ejecutar en dicho Estado, es necesario que el juez disponga de argumentos –más allá de la pura razonabilidad– para aban-

donar tal sustanciación. Hay derechos fundamentales que pueden verse afectados por una decisión de estas características, razón de más para obrar con sumo cuidado en este ámbito.

Por último, cabe destacar que algunos sistemas de reconocimiento y ejecución de decisiones –como es el caso del sistema de Bruselas– incluyen dentro de este requisito a las decisiones anteriores que no han sido dictadas por una autoridad del Estado requerido sino de un tercer Estado, pero que cumplen con los requisitos exigibles, según la normativa convencional o autónoma aplicable, para hacerse efectivas en el Estado requerido.

IV. Reconocimiento de documentos públicos extranjeros

394. El reconocimiento de los documentos públicos extranjeros está condicionado a que se acredite la autenticidad de los mismos. La finalidad de las legalizaciones, como ya hemos dicho, es poder cerciorarse de que el documento ha sido otorgado por la persona que dice hacerlo y que dicha persona inviste realmente el cargo que dice ostentar. No resulta fácil para las autoridades locales y para los particulares, saber si quien aparece firmando el documento público extranjero es realmente el funcionario público autorizado para ello y si la firma es auténtica, razón por la cual tradicionalmente se ha confiado a los cónsules por su proximidad espacial la tarea de examinar los documentos extranjeros.

La autenticidad es una cuestión distinta a la validez del acto que se instrumenta en el documento. La autenticidad del documento no juzga sobre la validez formal ni de fondo del acto jurídico. Sin embargo el art. 225 del Reglamento Consular argentino, aprobado por Decreto 8714/1963, obliga a los funcionarios consulares a examinar la validez del acto. El art. 225 dispone: "La certificación de firma tiene como único efecto autenticar la misma y el carácter del otorgante, sin entrar a juzgar el contenido del documento, no obstante lo cual, los funcionarios consulares se abstendrán de autenticar firmas en documentos probatorios de actos jurídicos contrarios a la legislación argentina". Contra el rechazo de la legalización por el cónsul, cabe la interposición de recursos administrativos –recurso jerárquico– y judiciales (Boggiano, Goldschmidt).

Las palabras legalización, autenticación y certificación, se usan en la práctica en forma indistinta, como sinónimos, sin que se adviertan diferencias conceptuales, aunque para algunos es preferible utilizar legalización para el acto que realizan las autoridades extranjeras y autenticación para la atestación que realiza el cónsul, como también para la que efectuaba en Argentina hasta fines de 2001 el Ministerio de Relaciones Exteriores (Goldschmidt; arts. 223 y 229 del Reglamento Consular argentino).

Decimos efectuaba porque Argentina eliminó la autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto de las firmas de los cónsules argentinos, por medio del Decreto 1629, de 7/12/2001 (*BO* 12/12/2001), que modificó el art. 229 del Reglamento Consular, Decreto 8714/1963, por el siguiente: "Los documentos extranjeros autenticados de la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina".

395. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 se refieren a la autenticidad de los documentos extranjeros, al tratar el reconocimiento de las sentencias en los respectivos TMDProcI (arts. 3 y 4). Establecen expresamente que la legalización se rige por la ley del Estado donde se otorgaron los mismos y que los documentos deben ser además autenticados por el cónsul del país donde deba presentarse el documento, acreditado en el país de otorgamiento. El sistema de Montevideo considera suficiente la autenticación del cónsul y elimina la del Ministerio de Relaciones Exteriores del país donde será presentado. Por lo tanto, los documentos otorgados en Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Colombia y Perú, países ratificantes de los Tratados de Montevideo de 1889 y los tres primeros también del de 1940, que se presenten en alguno de los otros países no requieren la legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores, como se ha resuelto en los casos de Argentina, "*Agencia Marítima Latinoamericana SA c/ Bajamar SAIC*" (CNCyComFed 2ª, 24/3/1995) y "*Menicocci, Aldo E. s/ recurso registral*" (14/11/1995, *LL Litoral*, 1997-393), ambos respecto de poderes otorgados en Uruguay.

396. El art. 402 del Código Bustamante de 1928, ratificado solamente por Brasil entre los países del MERCOSUR y también por Bolivia y Chile, trata conjuntamente el reconocimiento de los actos jurídicos y la

autenticidad de los documentos. En efecto, el art. 402 dispone: "Los documentos otorgados en cada uno de los Estados contratantes, tendrán en los otros el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, si reúnen los requisitos siguientes: (...)": la licitud del acto (inc. 1), la capacidad de los otorgantes (inc. 2) y el cumplimiento de las formas y solemnidades (inc. 3). Solamente el inc. 4 se refiere a la autenticidad de los documentos al exigir: "que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea".

397. Acerca de la Convención de La Haya de 1961, cabe formular algunas precisiones. En primer lugar, como su título indica, la misma no resulta aplicable a los documentos privados, que como tales tampoco están sujetos a legalizaciones y autenticaciones. Los documentos privados otorgados en el extranjero –por ejemplo contratos– se considerarán auténticos si la parte o las partes que los suscribieron, reconocen su firma y contenido. Se aplican para ello las normas procesales del país donde tramite el juicio donde se presenten; por ejemplo en Argentina el CPCN establece que el documento privado atribuido al demandado quedará automáticamente reconocido si no es negado categóricamente al contestar la demanda en un proceso de conocimiento (art. 356.1) o al ser citada la parte para el reconocimiento de la firma, en la preparación de la vía ejecutiva (arts. 525 y 526). Cuando los instrumentos privados llevan certificación oficial o autenticación de firmas, por ejemplo notarial, cabe la legalización como si se tratara de un documento público y por ende debe colocarse la apostilla (art. 1.d).

En segundo lugar, es importante mencionar que existe una expresa prohibición de que los funcionarios diplomáticos y consulares legalicen documentos que deben llevar apostilla (art. 9), pero si a pesar de ello se colocan las legalizaciones preceptivas según el sistema clásico, se lo considera igualmente auténtico aunque éstas se hayan asentado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención de La Haya de 1961, como se resolvió correctamente en el caso argentino "*Neuspiel*" (30/3/1995, *ED*, 162-590).

Por último, cuando un Estado parte designa a la o las autoridades con competencia para colocar la apostilla, debe notificarlo al Ministerio de

Asuntos Exteriores de Holanda, que es el depositario de la Convención (art. 6). Las listas de autoridades competentes son comunicadas por el depositario a todos los Estados parte, por lo que pueden consultarse en el Ministerio de Relaciones Exteriores de éstos o en la página web de la Conferencia de La Haya. En Argentina, la autoridad designada es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, actualmente Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Cuando existe alguna duda sobre la autenticidad de la apostilla, además de consultar la lista de autoridades competentes del país respectivo, cualquier interesado puede solicitar a la autoridad que presuntamente la ha colocado, que verifique si la apostilla se corresponde con las constancias del registro o del fichero que debe llevar cada una de las autoridades designadas (art. 7).

398. El MERCOSUR carece por el momento de un sistema apropiado de circulación de documentos entre los países miembros. El Protocolo de Las Leñas, vigente en los cuatro países del MERCOSUR, se refiere a los documentos públicos (arts. 25 a 27). Si bien el art. 25 establece: "(L)os instrumentos públicos emanados de un Estado parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos", esto no significa que se hayan eliminado totalmente las legalizaciones. Como ya hemos señalado, las legalizaciones, apostillas y otras formalidades análogas se han suprimido solamente cuando la documentación se transmite por intermedio de la autoridad central (art. 26), para lo cual tienen que intervenir jueces u otras autoridades jurisdiccionales. Los exhortos, incluso cuando se trata del reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales solicitados por esa vía (art. 19), no requieren legalizaciones ni apostilla. En cambio, si debe presentarse cualquier documento público en otro país del MERCOSUR, sin que intervenga una autoridad jurisdiccional, el particular deberá legalizarlo según el sistema clásico o el de los Tratados de Montevideo, ya que el sistema de la apostilla de la Convención de La Haya de 1961 no es aplicable actualmente en el MERCOSUR, por la falta de ratificación de esta Convención, con excepción de Argentina.

Los poderes otorgados en un país del MERCOSUR para actuar en otro, los documentos constitutivos o modificatorios de una sociedad que quiere inscribirse en otro país del MERCOSUR, las actas referidas al estado civil de las personas y otros documentos que no sean enviados por

exhorto, deben llevar legalizaciones para circular dentro del MERCOSUR. La necesidad de eliminar las legalizaciones en la región es evidente, ya sea adhiriendo a la Convención de La Haya o contemplando un sistema similar en el que la constancia de autenticidad fuera colocada por la Sección Nacional del GMC del país que otorgó el documento u otro órgano del MERCOSUR.

399. Cuando una norma interna exige la legalización de documentos extranjeros, debe resultar desplazada por las normas contenidas en tratados internacionales que establecen menores requisitos o incluso ninguno, para tener por acreditada la autenticidad de los documentos, siempre que el tratado resulte aplicable. A su vez, diversos tratados contienen una norma de conflicto que somete la exigencia de legalizaciones al derecho del país donde el documento debe ser presentado, o la sentencia reconocida, por ejemplo el art. 8 de la CIDIP I sobre poderes, o el art. 2.c de la CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

Cuando el país donde el documento debe ser presentado o la sentencia reconocida, está vinculado con el país del cual proviene el documento por un tratado como la Convención de La Haya de 1961, alguno de los Tratados de Montevideo u otro tratado que elimine las legalizaciones o reduzca sus requisitos, se aplican estos tratados y sus normas tienen primacía sobre las normas internas. No se trata estrictamente de que una convención "derogue" a otra o de que "prevalezca" sobre la otra, como se sostuvo en el caso "*Club Ken SRL*" (CNCyComFed 2ª, 13/2/1997), sino de que ambas se integran, porque los tratados forman parte del ordenamiento jurídico del Estado parte en los mismos. La solución del caso mencionado fue ajustada a derecho aunque su fundamentación no haya sido técnicamente correcta. Lo dicho no significa, en modo alguno, ignorar las particulares consideraciones que merece el tratamiento de las normas de origen convencional por algunos países (como Brasil en el ámbito del MERCOSUR), para los cuales la preeminencia de éstas sigue siendo objeto de controversias, no gozando en general de sustento en la jurisprudencia.

400. A veces se confunde la autenticidad del documento, con la validez y el reconocimiento del acto realizado en el extranjero. Para que el

acto sea reconocido, deberán tenerse en consideración las normas materiales que pudieran regular la materia y, en su defecto, las normas de conflicto referidas a la forma y a la validez intrínseca del acto. Por ejemplo, la prueba de la defunción de una persona y la fecha en que se produjo quedan sometidas a la ley del lugar donde se produjo el deceso, por lo que si éste se produjo en Argentina, no se reconocerán los certificados emitidos en otro país (caso "*Smate, Alí*", 30/8/1989, *LL*, 1991-B-245).

Las rectificaciones de las actas del estado civil deben ser ordenadas por las autoridades del lugar de expedición, por lo que no pueden disponer su rectificación las autoridades de otro país, aunque en él se haya inscripto la partida extranjera (casos "*Liguori Sandemil, Angel C., suc.*", 27/2/1981, *LL*, 1981-D-524– y "*Camilieri, Magdalena J.*" 11/3/1980, *ED*, 87-723).

401. La llamada legalización indirecta o por terceros países se utiliza cuando no existe funcionario consular o diplomático del país donde quiere presentarse el documento acreditado en el país donde se otorga el mismo, lo que sucede generalmente porque no se mantienen relaciones diplomáticas entre esos Estados. Algunos autores han negado validez a la legalización indirecta (Alfonsín), pero el derecho argentino la autoriza expresamente en el art. 224 del Reglamento Consular, que establece:

> "En caso de falta o ausencia del funcionario consular, las funciones a que se refiere el artículo anterior, podrán ser ejercidas por el jefe de la representación diplomática de la República, y a falta de ésta, por el agente diplomático o consular de un Estado con el cual la República mantenga relaciones diplomáticas y con sede en el país de donde emana el documento".

Debe recurrirse a ella, por ejemplo, para dar autenticidad a documentos otorgados en la República de China, Taiwan, que no está reconocida como Estado por las Naciones Unidas y mantiene relaciones diplomáticas o consulares con muy pocos países del mundo (entre otros, Paraguay y Costa Rica). Un poder otorgado en Taiwan, con certificación notarial, que deba ser presentado en Argentina, habrá de ser legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de China, lue-

go puede ser legalizado por el cónsul de Costa Rica en Taipei, República de China, a continuación deberá llevar legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, y por último legalización del cónsul argentino en Costa Rica.

Durante el período en que Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña rompieron relaciones diplomáticas como consecuencia de la guerra de Malvinas (1982), un documento otorgado en Londres llevaba legalización del cónsul de Brasil –país al que se había encargado la atención de los intereses argentinos–, acreditado en Londres, pero su firma era directamente autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina y, a su vez un documento otorgado en Argentina, tenía que ser legalizado por el cónsul de Suiza –país al que el Reino Unido había encomendado sus intereses–, acreditado en Argentina.

402. El Acuerdo sobre intercambio de actas de estado civil y la exención de legalización de documentos entre Argentina e Italia, firmado en Roma el 9 de diciembre de 1987, aprobado por Argentina por Ley N° 23.728 de 1989, exime de toda legalización, incluso apostilla, y de traducción a las actas y documentos referidos al estado civil, capacidad, nacionalidad y domicilio de las personas físicas, incluyendo los actos referidos al matrimonio, otorgados en un Estado que se presenten en el otro, siempre que sean redactados en formularios que contengan las indicaciones en el idioma de la otra parte (art. 6). Resulta muy claro que no se requiere legalización en ningún caso, pues el mismo art. 6 contempla la posibilidad de que –si surgieren fundadas dudas sobre la autenticidad de los que no fueran remitidos por vía oficial– los funcionarios competentes efectúen a la brevedad las averiguaciones correspondientes.

El Acuerdo también contempla que las autoridades de los registros civiles de ambos Estados se comunicarán las actas de nacimiento, matrimonio y defunción inscriptas en sus propios registros concernientes a los ciudadanos de la otra parte, cuando la persona a la que se refieren sea nacional del otro Estado, adquiera su ciudadanía, o bien hubiera nacido en dicha parte (art. 1). Los encargados del registro civil italiano efectuarán la comunicación utilizando los formularios plurilingües previstos en la Convención de Viena del 8 de septiembre de 1976, que figuran como anexos en el tratado bilateral, para las actas de nacimiento, matrimonio

y defunción (art. 2). Si las autoridades argentinas adoptaran formularios para la trasmisión de las actas de estado civil, también serán utilizados en las comunicaciones (art. 2). Estas comunicaciones no se están cumpliendo efectivamente en forma general hasta el momento, pero la exención de legalizaciones y traducción es reconocida por ambos Estados y las autoridades argentinas deben aceptar el llamado formulario internacional, sin traducción y sin legalización. Además, los documentos deben ser entregados y remitidos directamente sin irrogar gastos para el destinatario (art. 4).

403. Existen diversos supuestos en que los documentos extranjeros no requieren legalizaciones. Muchos tratados internacionales las eliminan en los exhortos, especialmente si se transmiten por autoridad central o por vía diplomática, por ejemplo el Acuerdo sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa, entre Argentina y Brasil, firmado en Brasilia en 1990 (arts. 21 y 23) o la Convención de asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias entre Argentina e Italia, firmada en Roma el 9 de diciembre de 1987 (art. 7). Asimismo, se han eliminado las legalizaciones en las autorizaciones para salir del país de menores en un tratado bilateral entre Argentina y Chile. Tampoco requieren legalizaciones los documentos otorgados en el extranjero por funcionarios consulares del país donde deban ser presentados, por ejemplo un poder otorgado en el consulado. Como el cónsul es un funcionario público del país donde se invoca el documento, se considera auténtico sin necesidad de legalización.

404. La jurisprudencia ha elaborado desde antiguo la presunción de que los documentos públicos extranjeros son válidos, si se encuentran legalizados y autenticados, ya que se supone que el funcionario público se sujeta a la ley del lugar donde actúa. Esta presunción se ha aplicado en poderes y partidas del estado civil. Por lo tanto incumbe a quien se opone, demostrar que no se ha cumplido con la ley del país de otorgamiento u otra ley que resultara aplicable al acto contenido en dicho documento. En la jurisprudencia argentina, cabe citar, entre muchos otros casos: "*C.H. Büscher*", 5/5/1982 (Boggiano, *Jurisprudencia CSJN*, t. 1); "*Lukaszewicz, Francisco*", 5/11/1980 (*LL*, 1981-A); "*Abbdi, José*", 10/8/1982 (DJBA,

123; BDLL, N° 44180); "*Información y Publicaciones, SA c/ Dercoem, SA*", 25/10/1985 (*LL*, 1986-B); "*Schomburg*", 18/8/1989 (inédito); "*Falaschi, Angel P. G.*", 7/3/1995 (*LL*, 1995-D). En contra, algún tribunal provincial ha exigido que quien pretende hacer valer un instrumento extranjero debe demostrar que se ajusta a la ley del lugar de otorgamiento en virtud de la regla *locus regit actum*, lo que importa acreditar el texto de la ley extranjera (Cám. Apel. Junín, "*A.H.M c/ I., M. M. y otros*", 6/5/1982 (DJBA, 123).

405. Normalmente los documentos públicos se redactan en el idioma oficial o alguno de los idiomas oficiales del país de otorgamiento. Pero la ley de cada país puede permitir que se otorguen documentos en otros idiomas o al menos no prohibirlo. En el derecho argentino no está claro si un funcionario público puede otorgar un acto en un idioma distinto del castellano; se exige que las escrituras públicas se realicen en idioma nacional (art. 999 CC), y en la práctica no se redactan actos en idiomas extranjeros. Si el documento está redactado en un idioma diferente al del país donde será presentado, se requiere que sea traducido al idioma oficial de ese país.

En Argentina se exige que la traducción sea realizada por un traductor público matriculado en el país (Ley N° 20.305 y art. 123 del CPCN) y luego legalizada por el Colegio Público de Traductores. Esto significa que carecen de valor las traducciones realizadas en el país de origen. No es necesario tener nacionalidad argentina para poder inscribirse como traductor en el Colegio Público de Traductores, porque el art. 4 inc. a) de la Ley N° 20.305, que así lo exigía, fue declarado inconstitucional por el plenario de la CNC del 2/8/1977.

En Brasil se requiere que el documento redactado en lengua extranjera sea acompañado de una versión en idioma vernáculo firmada por un traductor juramentado (art. 157 CPC), pero se ha dispensado de la traducción a los documentos en idioma español (TJSP, *JTA* 112-176), especialmente aquéllos provenientes del MERCOSUR, en virtud de la vigencia del Protocolo de Las Leñas de 1992, como se resolvió en un caso en que no se consideró obligatoria la traducción de cartas, facturas y otros documentos de importación redactados en español (TJSP 3, del 19/5/1998), *Rev. dos Trib.* 756-1998-125).

En Paraguay para agregar documentos a una causa judicial redactados en idioma extranjero, deben traducirse al español por traductor público (art. 105 CPC). En Uruguay se requiere que el documento sea traducido por traductor público nacional, o por agente consular de Uruguay acreditado en el lugar de donde procede el documento (arts. 6 y 7 de la Ley N° 15.441, del 1° de agosto de 1983). El art. 65 del CGP establece que en todos los actos procesales se utilizará necesariamente el idioma castellano y cuando deba ser oído quien no lo conozca, el tribunal nombrará un interpréte.

Los documentos bilingües no requieren traducción, como se resolvió en el caso argentino "*Frederick Parker*" (CNC I, 9/3/1990), como tampoco los otorgados en el idioma del país donde deben ser presentados. Los jueces pueden examinar de oficio la traducción, ya sea por sus conocimientos del idioma extranjero, como recurriendo a un diccionario extranjero para traducir un concepto. En el caso "*Larrain Cruz*", la CSJN de Argentina así lo resolvió con relación a la palabra *draft*, título de crédito cuya falsificación se imputaba al encausado. Se ha resuelto también en algunas oportunidades que si el juez conoce el idioma extranjero está facultado para prescindir de la traducción. En el "sistema de Bruselas" se ha plasmado el criterio de que la traducción no se exige como regla general sino solamente cuando la solicita el juez del Estado requerido.

Bibliografía complementaria

CALVO CARAVACA, A.L., *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986; GARAU SOBRINO, F.F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992; LANDONI SOSA, A. (dir.), *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del MERCOSUR*, Montevideo, FCU, 1997; REQUEJO ISIDRO, M., "Sobre ejecución y exequátur", *Revista Jurídica Española La Ley*, D-236, 1999-5, pp. 1898-1901; TARIGO, E., "Reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras", *Estudios de derecho procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, FCU, 1999; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil internacional*, Montevideo, Idea, 2000.

Capítulo 11

Dimensiones institucional y convencional de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños

María Blanca Noodt Taquela y Guillermo Argerich

I. Complejidad del régimen convencional americano de reconocimiento y ejecución

1. Tratados de Montevideo

406. El derecho convencional ha efectuado un aporte de singular relevancia al reconocimiento extraterritorial de las sentencias extranjeras. En el continente americano, la codificación se inicia en Lima en 1878 con el Tratado suscrito por Perú, Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela y Costa Rica, el cual, pese a la importancia que tiene en cuanto texto pionero en la materia, no tuvo relevancia práctica (Fernández Arroyo, Samtleben). Continúa este esfuerzo con la codificación realizada a través de la obra montevideana. El TMDProcI de 1889 aún permanece vigente para las relaciones de Argentina, Paraguay y Uruguay respecto de Bolivia, Colombia y Perú y el TMDProcI de 1940 entre Argentina, Paraguay y Uruguay. Lo cierto es que la aplicación de ambos tratados en esta materia es prácticamente inexistente en virtud de la vigencia en los mencionados países de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y del Protocolo mercosureño de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, aprobado en Las Leñas en 1992. Sin embargo cabe la posibilidad de que se aplique alguna disposición del TMDProcI de 1989 o de 1940, que no contradiga tratados posteriores o que sean más favorables al reconocimiento (ver *infra* I.3). Ambos tratados dedican su Título III (TMDProcI 1889: arts. 3 a 8, TMDProcI 1940: arts. 3 a 10) al tema del cumplimien-

to de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, dictados en asuntos civiles y comerciales.

407. Los TMDProcI de 1889 y 1940 sujetan el reconocimiento a ciertos requisitos: competencia internacional del tribunal del cual emana la sentencia, sentencia firme o ejecutoriada, cumplimiento de las garantías de debido proceso, y no oposición a las leyes del orden público del país de la ejecución (art. 5 de ambos Tratados). No se especifica con qué criterio debe ser valorada la competencia del juez que dictó la sentencia (jurisdicción indirecta).

La jurisprudencia argentina en el caso "*Artline*", 8/5/1986 (*JA*, 1987-I-452) decidió que no procedía la ejecución de la sentencia uruguaya, si era dictada por un tribunal que carecía de competencia en la esfera internacional, pues se trataba de cuestiones atinentes a la negociación de una letra de cambio, un cheque u otro papel a la orden o al portador y el demandado tenía su domicilio en Argentina (art. 5.a TMDCI 1940 y art. 35 TMDComTI). Es decir, el tribunal valoró la jurisdicción indirecta del juez de origen a la luz de la fuente convencional y no según las normas de jurisdicción internas de su país. La Autoridad Central del Uruguay dispuso el 14 de mayo de 1984 que respecto de bienes muebles e inmuebles ubicados en ese país, no era posible obtener el reconocimiento (inscripción) de declaratorias de herederos pronunciadas por tribunales argentinos. Ello en virtud de la aplicación de los arts. 45 y 63 del TMDCI de 1940. Vemos, entonces, que la jurisdicción indirecta se valora de acuerdo a las propias normas de jurisdicción incluidas en el sistema de Montevideo ("bilateralización").

En el caso "*Riopar*", 15/10/1996 (*LL*, 1997-A-226) la CSJN de Argentina dispuso que la ejecución en el país de una sentencia dictada en Paraguay debía estar sujeta al cumplimiento de determinados requisitos contenidos en los tratados internacionales aplicables, algunos de los cuales pueden ser verificados de oficio por el juez requerido, entre ellos la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios de orden público internacional. Entendió la CSJN que el juez a quien se solicita el reconocimiento es quien debe analizar si la notificación cursada al demandado por medio de oficio, fue efectuada en tiempo útil, de modo tal que le permitiera ejercer su derecho de defensa en juicio, circunstancia

ésta que a criterio de la Corte no fue cumplida en este caso. Se intentaba ejecutar una sentencia paraguaya que ordenaba librar oficio al Registro Nacional de Buques argentino para cancelar la hipoteca naval que gravaba las embarcaciones subastadas en Paraguay. La Corte confirmó la sentencia que había rechazado la inscripción de la subasta en el Registro Nacional de Buques. Se consideraron aplicables al caso el TMDProcI de 1940 y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros.

408. El art. 6 de los TMDProcI de 1889 y 1940 prevé los documentos necesarios para pedir el reconocimiento: copia de la sentencia y copias de las piezas que acreditan el cumplimiento de los requisitos procesales. La exigencia de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada sea acreditada a través de un auto, presenta dificultades en la práctica, pues es habitual que esa circunstancia se certifique por el secretario o actuario del juzgado y no a través de un auto del juez. Por eso parece apropiado que el Protocolo de Las Leñas permita acreditar que la decisión tiene fuerza de cosa juzgada a través de testimonio, sin exigir resolución del juez (art. 20.e y último párrafo).

El trámite para obtener el reconocimiento se rige por la ley de procedimiento interno del juez requerido (art. 7). Para la eficacia extraterritorial de los actos de jurisdicción voluntaria se exigen los mismos requisitos de los arts. 5 y 6 (art. 8 TMDProcI de 1889 y art. 10 TMDProcI de 1940).

2. Código Bustamante

409. El Código Bustamante, que regula la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en el Libro IV del Título X, está vigente, en el ámbito del MERCOSUR y países asociados, en Bolivia, Brasil y Chile. En una de sus primeras disposiciones (art. 8) el CB reconoce la eficacia extraterritorial de los derechos adquiridos salvo que se opusieren a una regla de orden público internacional.

Se establece el reconocimiento y la ejecución tanto para las resoluciones dictadas por tribunales ordinarios, dentro del ámbito de la jurisdicción contenciosa como de la jurisdicción voluntaria (arts. 434 y 435).

También se prevé la eficacia de resoluciones dictadas por tribunales administrativos, como asimismo de las dictadas por tribunales internacionales (art. 433) siempre que el juicio se refiera a jurisdicción civil, que la sentencia afecte a intereses y a personas privadas –se excluye a los Estados y demás personas jurídicas de derecho público–, y que sea dictada, por supuesto, dentro del territorio de una parte contratante. Se reconoce eficacia a las sentencias penales en lo referido a responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del condenado (art. 436).

Cabe añadir que el CB señala en el art. 431 que las sentencias firmes dictadas por un Estado contratante y que no sean ejecutables, serán susceptibles de ser reconocidas en los demás Estados. Esta norma se refiere al reconocimiento de las sentencias declarativas y constitutivas, que no son susceptibles de ser ejecutadas.

410. El art. 423 establece los requisitos que deben cumplir las sentencias extranjeras para ser reconocidas. Se establece en primer lugar que las mismas, en su carácter de instrumentos públicos, deberán observar la ley del país al cual pertenece el tribunal que la pronunció, en lo que respecta a formas o solemnidades externas, siendo necesario observar también aquellos requeridos por la legislación del país donde pretenda surtir efectos, que se refieren a las legalizaciones. Deberán traducirse si fuera distinto el idioma del país de origen.

El art. 396 permite alegar la excepción de cosa juzgada fundada en sentencia de otro Estado contratante, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha disposición legal: que el fallo haya sido dictado con la comparecencia personal de las partes o de sus representantes legales y no en rebeldía; y que el tribunal extranjero que dictó el fallo sea competente conforme a las disposiciones del Código.

No existe una reglamentación especial de la jurisdicción indirecta, la norma del art. 423.1 se contenta con establecer la observación de las disposiciones sobre jurisdicción internacional. Se debe haber citado a las partes o a sus representantes, condición que tiende a asegurar el derecho de defensa en juicio. Existe una exigencia imperativa, acorde al resto de las legislaciones y convenciones internacionales, respecto de la ejecutoriedad del fallo extranjero que se pretenda ejecutar, circunstancia que deberá ser acreditada.

411. Para ser reconocida la sentencia extranjera no debe contravenir el orden público del país en que quiere ejecutarse. El orden público resguarda los derechos e instituciones fundamentales, principios, costumbres, moral social o intereses superiores de la ley del foro que no pueden ser vulnerados a través del reconocimiento de la sentencia extranjera. El exequátur es el trámite para ejecutar las decisiones extranjeras (arts. 424 y ss.). La ley del Estado donde se pide la ejecución es la aplicable al procedimiento para otorgar la eficacia extraterritorial. El reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria está sujeto a los requisitos de autenticidad del documento (ver Cap. 10.IV) y a la existencia de competencia internacional del juez extranjero (art. 435).

3. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo, 1979) y Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (La Paz, 1984)

412. La Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, adoptada en la CIDIP II (Montevideo, 1979), se encuentra vigente entre los cuatro países miembros del MERCOSUR. Esta Convención vincula además a Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela al 1°/12/2002. Es interesante referirse a la relación de la misma con los TMDProcI de 1889 y 1940. La mayoría de los temas regulados en esta Convención de la CIDIP habían sido tratados –si bien en forma más somera– en los TMDProcI de 1889 y 1940. Como esta Convención interamericana no prevé normas de compatibilidad, en la medida que sus normas discrepen con las normas respectivas de alguno de los TM, entre los países que hayan ratificado la Convención y los TM en cuestión, resultarán inaplicables los artículos correspondientes de los tratados, por ser anteriores. No obstante, en la práctica, las disposiciones de los TM normalmente se aplican si son compatibles con la convención posterior. Así lo disponen el art. 30, incs. 3 y 4 y art. 59 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada por Argentina, Paraguay y Uruguay.

La CIDIP de sentencias no contiene una norma similar al art. 15 de la Convención sobre exhortos de CIDIP o al art. 14 de la Convención de recepción de pruebas de CIDIP o al art. 18 de la de medidas cautelares que establecen la aplicabilidad de otras convenciones anteriores o posteriores, ya sean bilaterales o multilaterales, siempre que resulten más favorables al auxilio judicial internacional. Sin embargo, pensamos que es defendible la aplicación de las normas más favorables al reconocimiento contenidas en tratados anteriores. Por ejemplo, el trámite para la ejecución de sentencias extranjeras en Uruguay se debe iniciar ante la Suprema Corte de Justicia (art. 541.2 CGP), norma a la que remite el art. 6 de la Convención interamericana. Pero ya en el TMDProcI de 1940 se había establecido la tramitación ante los jueces de primera instancia, por lo que podríamos ampararnos en esta disposición anterior, aunque resulte aplicable la Convención de la CIDIP o el Protocolo de Las Leñas. Sería absurdo pensar que pueda retrocederse en el grado de cooperación alcanzado. En este sentido, la Autoridad Central del Uruguay dispuso en varias oportunidades que a la eficacia en Uruguay de sentencias de divorcio argentinas se aplica la Convención interamericana sobre eficacia de sentencias y para el procedimiento, los arts. 7 y ss. del TMDProcI de 1940.

413. La Convención se aplica a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados parte sin perjuicio de las reservas que se pueden formular acerca de su ámbito de aplicación material a efectos de ampliarlo, por ejemplo, a resoluciones que terminen el proceso (transacción judicial), a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional (jurisdicción voluntaria), y a las sentencias penales en cuanto refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito (art. 1). Es poco frecuente que los Estados realicen este tipo de declaración al ratificar, por lo que el ámbito de aplicación de la Convención queda irremediablemente reducido (Vescovi).

414. Los requisitos establecidos por esta Convención en el artículo 2 son los siguientes:

– que la sentencia venga revestida de las formalidades externas necesarias para que sea considerada auténtica en el Estado de donde proce-

de, y que se presente debidamente legalizada de acuerdo a la ley del Estado requerido;

– que esté debidamente traducida al idioma oficial del Estado donde deba surtir efecto, al igual que los documentos anexos;

– que el tribunal del cual emana la sentencia tenga competencia en la esfera internacional de acuerdo a la ley del Estado donde deba surtir efecto (es decir se optó por la valoración de la jurisdicción indirecta a través de la ley del Estado receptor);

– que el demandado haya sido debidamente notificado o emplazado en debida forma legal;

– que se haya asegurado la defensa de las partes;

– que tenga el carácter de ejecutoriada o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fue dictada; y

– que no contraríe manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pide el reconocimiento o la ejecución.

415. Con relación a las normas aplicables a la notificación de una demanda cuya sentencia pretenda ser ejecutada en un país miembro de la CIDIP, la Convención exige que la notificación se haya realizado de manera "sustancialmente equivalente a la de la ley del lugar de la ejecución". No se exige que en el lugar donde se ejecutará la sentencia la notificación se hubiese hecho de manera igual a la de su derecho, sino que basta su equivalencia. En realidad todos los Estados poseen requisitos similares en materia de citación y emplazamiento, que tienden a asegurar el conocimiento por parte del demandado del contenido de la demanda y un plazo razonable para deducir su defensa (Vescovi). Lo que la ley argentina exige para que una sentencia extranjera tenga eficacia extraterritorial, es que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal, de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley donde la sentencia, el laudo o la resolución jurisdiccional deban surtir efecto. La jurisprudencia argentina ha dicho que si la forma en que se practicó la notificación no surge de los términos de la sentencia cuya ejecución se pide, corresponde acompañar un informe consular relativo al procedimiento aplicable. Así lo resolvió la CNCyComFed 3ª el 11/7/1996 en "*Servicios de Carga IML*".

416. En el caso "*Stoll*", 17/3/1998 (*LL*, 1998-C-789), una sucesión testamentaria en la que se discutió el reconocimiento en Argentina de una sentencia de divorcio mexicana, debía aplicarse la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. La CSJN argentina revocó la sentencia de segunda instancia, por la que se había decidido que el juez debía pronunciarse sobre el reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada en México, respecto del primer matrimonio celebrado en Perú por la causante y no, como pretendía el heredero instituido, sobre los efectos que habría producido el segundo matrimonio de la causante con el heredero testamentario. Se trata del llamado problema del reconocimiento involucrado (Goldschmidt), que la Cámara Civil no entendió como tal, ya que en vez de analizar directamente la validez del segundo matrimonio de la causante, juzgó sobre el reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada en Perú, sentencia que ya había sido reconocida por las autoridades extranjeras que celebraron el matrimonio. La Corte no se pronunció sobre la cuestión del reconocimiento involucrado, ya que atendió a otras circunstancias del caso para resolverlo.

417. Los documentos para solicitar el reconocimiento están enumerados en el art. 3 de la Convención: copia auténtica de la sentencia, de las piezas necesarias para acreditar que se ha notificado en forma legal al demandado y que se ha garantizado su defensa en juicio, copia auténtica del auto que declare que la sentencia tiene el carácter de ejecutoria o fuerza de cosa juzgada. La Convención cuando señala, como condición del reconocimiento de eficacia, "que se haya asegurado la defensa de las partes", alude al principio del debido proceso adjetivo. En el caso "*Riopar*" (1996), la CSJN dispuso que en tal sentido debía tomarse el art. 18 de la Constitución de Argentina.

El art. 5 reconoce la extratrerritorialidad, en el país que se solicita la ejecución, del beneficio de pobreza. Esto tiende a resguardar también el acceso a la justicia y la defensa en juicio.

418. Procede el reconocimiento parcial, cuando una sentencia que resuelva sobre diversos puntos y unos afectan el orden público y otros no. En este caso sólo se reconocerán aquellos que no vulneren el orden pú-

blico internacional. Esta posibilidad de efectuar un reconocimiento parcial es procedente para darle justicia al fallo, pues sería injusto que por el solo hecho de que una parte no pueda ser ejecutable, ello afecte al resto del fallo. A modo de ejemplo podemos decir que podría reconocerse parcialmente una sentencia que decreta el divorcio y dispone sobre la custodia de los hijos del matrimonio, si este último aspecto es incompatible con el orden público internacional del juez que interviene en el exequátur. La ley aplicable al reconocimiento, incluso aquella que regula la competencia de los órganos judiciales que intervendrán en el mismo, es la del Estado donde se solicita el reconocimiento (art. 6).

419. La Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, aprobada por la CIDIP III (La Paz, 1984), fue elaborada como consecuencia de las arduas discusiones mantenidas durante la elaboración de la CIDIP II de eficacia de las sentencias extranjeras sobre el requisito de la jurisdicción internacional del juez que dictó el fallo. En la CIDIP II triunfó la tesis de que la competencia internacional debía ser evaluada conforme a la ley del Estado requerido. A pesar de ello, la impresión general fue que el tema no estaba definitivamente solucionado y que debía avanzarse en la materia. Recurría en el pensamiento americano la idea de establecer un sistema de regulación directa o material, expresando en qué casos se podía considerar satisfecho el requisito de la jurisdicción internacional para obtener la eficacia de la sentencia extranjera. La Convención de CIDIP III regula justamente la jurisdicción internacional indirecta, esto es, la competencia únicamente como requisito para la eficacia de la sentencia extranjera; y lo hace de un modo material, indicando las bases de jurisdicción que se consideran aceptables para dar por cumplido este requisito. La convención no ha entrado en vigencia porque México es el único país que la ratificó en 1987; aunque Uruguay la aprobó por Ley N° 17.533 de 9/8/2002, publicada en *DO* 26.072 de 16/8/2002, hasta el 1°/12/2002 no ha depositado el instrumento de ratificación. A la Convención de La Paz se le otorgó autonomía para posibilitar un mayor número de ratificaciones, en vez de darle carácter de Protocolo adicional a la Convención de Montevideo de 1979, pero la sensatez de la idea no se ha correspondido con el resultado obtenido.

420. La reglamentación que se hace de la jurisdicción indirecta es incompleta por varias razones. La Convención no abarca la totalidad de las materias sino que excluye expresamente en su art. 6 una serie de temas en los que no rige: a) estado civil y capacidad de las personas físicas; b) divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de bienes en el matrimonio; c) pensiones alimenticias; d) sucesión testamentaria o intestada; e) quiebras, concursos, concordatos; etcétera.

Las materias incluidas no están reguladas en forma exhaustiva, sino que la Convención da solamente pautas mínimas. Al no establecerse un principio general de jurisdicción indirecta, se agrega una razón más para que la regulación resulte incompleta. Solamente en forma parcial la Convención sienta un principio general al habilitar, en su art. 4, al Estado receptor a denegar la eficacia si el juez que dictó el fallo lo hizo invadiendo su jurisdicción exclusiva. Invocar abusivamente esta excepción podría transformarse en el instrumento idóneo para frenar la circulación internacional de las sentencias entre sus ratificantes. Para ello limita la jurisdicción exclusiva a dos casos: uno, en materia de acciones reales sobre bienes inmuebles y otro, en materia de acciones derivadas de contratos mercantiles internacionales en los que exista un acuerdo de elección de foro válidamente celebrado.

421. Los criterios atributivos de jurisdicción adoptados responden a pautas tradicionales: con relación a acciones personales patrimoniales contractuales, se establece el domicilio del demandado, aceptándose la prórroga de jurisdicción tanto en su forma expresa como tácita, como así también los acuerdos de elección de foro en tal materia. Respecto de acciones reales, debemos diferenciar según se trate de bienes muebles o inmuebles. Para los muebles se adoptan tanto el lugar de situación de los bienes como el domicilio del demandado, permitiéndose la prórroga expresa o tácita de la jurisdicción. En cambio en materia de inmuebles se establece una jurisdicción exclusiva a favor de los jueces del lugar de situación de los mismos.

Se considera satisfecho el requisito de la jurisdicción indirecta en aquellos casos en los que los tribunales intervinieron para evitar la denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.

422. El ámbito de aplicación material de la Convención es limitado: se refiere solamente a la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, y su regulación no es exhaustiva. Sin embargo la Convención de La Paz constituye un avance en el proceso de codificación americano al elaborar reglas especiales para juzgar la jurisdicción internacional indirecta. Además, a pesar de sus logros limitados, la misma Convención dispone su compatibilidad con otras convenciones bilaterales o multilaterales más amplias o incluso con las prácticas más favorables de los Estados.

4. Convenciones bilaterales

423. El conjunto de convenios bilaterales de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras suscritos por los Estados del MERCOSUR entre sí y entre alguno de ellos y terceros países presentan una nota de heterogeneidad. Los distintos convenios bilaterales celebrados entre ellos presentan diferencias en torno al ámbito de aplicación material, en cuanto a las decisiones susceptibles de reconocimiento, tipos, requisitos exigidos para el reconocimiento, procedimiento, etc. Estos tratados coexisten juntamente al régimen convencional multilateral. Tal situación de proliferación y superposición normativa, nos lleva a concluir que los propios convenios bilaterales podrían anteponerse al sistema multilateral de integración, si resultaran más favorables al reconocimiento.

424. El *Acuerdo sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federativa del Brasil*, firmado en Brasilia el 20 de agosto de 1991, regula en su capítulo V el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en materia civil, comercial, laboral y administrativa y sus normas son igualmente aplicables a las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (art. 17).

El art. 18 enuncia las siguientes condiciones para otorgar el exequátur: requisitos formales en tanto hacen a la documentación acompañada como instrumentos públicos, como así también la traducción al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución. Dentro de los requisitos procesales se requiere que las decisiones ema-

nen de un órgano jurisdiccional competente según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional; que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitan el reconocimiento y/o la ejecución. Cuando se tratare de una sentencia judicial entre las mismas partes, el art. 20 dispone que siendo fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que en el Estado requerido, su reconocimiento y su ejecutoriedad en el otro Estado dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo en el Estado requerido.

425. La *Convención de cooperación judicial entre la República Argentina y la República Francesa* regula la temática en el Capítulo I, disponiendo en su art. 2 que las sentencias pronunciadas en un Estado serán reconocidas y podrán ser declaradas ejecutorias en el otro Estado, cuando reúnan las siguientes condiciones:

– que la decisión emane de un juez o tribunal que tenga competencia en la esfera internacional, según el derecho del Estado requerido;

– que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada en el Estado de origen y sea susceptible de ejecución; sin embargo, en materia de obligaciones alimentarias, de derecho de tenencia de un menor o de derecho de visita, la sentencia podrá ser simplemente ejecutada en el Estado de origen;

– que las partes hayan sido regularmente citadas a comparecer, representadas, o si hubieran sido declaradas en rebeldía, que el acto introductivo de instancia haya sido notificado regularmente en tiempo y forma para que ejerzan su defensa;

– que el fallo no afecte el orden público del Estado requerido;

– que entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y sobre el mismo objeto que en el Estado de origen no se hubiera dictado sentencia por parte de las autoridades judiciales del Estado requerido en una fecha anterior a la de la sentencia cuyo reconocimiento se solicita;

– que no se hubiera iniciado procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto que en el Esta-

do de origen ante cualquier autoridad judicial del Estado requerido, con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad que hubiera pronunciado la resolución de la que se solicitase reconocimiento;

– que entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto que en el Estado de origen no se haya dado lugar a un fallo pronunciado en un tercer Estado en una fecha anterior a la de la sentencia de la que se solicita reconocimiento y que reúna las condiciones necesarias a tal fin en el Estado requerido.

La solicitud de reconocimiento y de ejecución de una sentencia podrá ser presentada directamente por la persona interesada a la autoridad judicial competente del Estado requerido. El procedimiento tendente a obtener la ejecución de la sentencia se rige por el derecho del Estado requerido (art. 3). Se prohíbe a la autoridad judicial de dicho Estado realizar cualquier examen sobre el fondo de la sentencia. La razón de esta disposición es evitar la revisión de fondo en oportunidad del reconocimiento de la sentencia que el DIPr argentino nunca realizó. Además, cuando la sentencia resuelva sobre varias cuestiones de la demanda, la ejecución podrá ser acordada parcialmente.

El artículo 4 enumera la documentación que se deberá acompañar a los efectos del reconocimiento o ejecución. Estos documentos deberán contar con la apostilla prevista en la Convención suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, de La Haya, del 5 de octubre de 1961.

426. La *Convención de asistencia judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana*, suscrita en Roma el 9 de diciembre de 1987, en su art. 26 dispone la sustitución de las normas relativas a la asistencia judicial en materia civil y comercial contenidas en la Convención para la ejecución de cartas rogatorias y de sentencias, firmada en Roma el 1° de agosto de 1887.

La regulación del reconocimiento y ejecución de sentencias y otras resoluciones en materia civil y las concernientes al resarcimiento de los daños y a la restitución de bienes contenidas en sentencias penales se encuentra en el Título III. Este convenio es el único dentro del ámbito convencional de Argentina que regula la jurisdicción indirecta del juez

sentenciante dando criterios propios, y lo hace de la siguiente manera, considerando competente a la autoridad judicial cuando:

– a la fecha de la interposición de la demanda, el demandado hubiera tenido domicilio o residencia en el territorio de la parte cuya autoridad judicial hubiere dictado sentencia;

– el demandado hubiera sido citado a juicio por una controversia referida a una actividad de carácter industrial, agrícola comercial o financiera, por uno de sus establecimientos, una sucursal o una agencia, situados en el territorio de dicha parte;

– por acuerdo expreso o tácito de los interesados, la obligación contractual objeto de la controversia hubiera sido o debiera haber sido ejecutada con el territorio de dicha parte;

– en materia de responsabilidad extracontractual, el hecho del que ella derivare se hubiera sometido expresamente a la competencia de dicha autoridad judicial, siempre que la ley de la parte requerida no se opusiese, ya sea mediante elección de domicilio, o mediante acuerdo relativo a la determinación de la autoridad competente;

– el demandado al contestar el mérito de la controversia no hubiere opuesto excepción de incompetencia;

– la controversia hubiera tenido como objeto un derecho real sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la parte cuya autoridad judicial hubiere pronunciado sentencia;

– la resolución tuviera por objeto el estado o la capacidad de una persona que, a la fecha de la interposición de la demanda, hubiere tenido la nacionalidad de la parte cuya autoridad jurídica pronunció la sentencia;

– la controversia tuviera por objeto una obligación de prestar alimentos y el actor fuere residente o estuviere domiciliado en la parte cuya autoridad judicial pronunciara la sentencia.

Los demás requisitos exigidos son que la parte condenada hubiere sido debidamente citada según la ley de la parte donde se dictara sentencia o que hubiere comparecido en juicio y, de conformidad a esa misma legislación, que hubiere sido debidamente representada; que la sentencia hubiera adquirido autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva según la ley del Estado donde hubiere sido dictada; que entre las mismas partes y sobre el mismo objeto no se hubiera dictado sentencia por parte de las autoridades judiciales de la parte requerida; que no se hubiere iniciado

un procedimiento entre las mismas partes y sobre el mismo objeto ante cualquier autoridad judicial de la parte requerida, con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad judicial que hubiera pronunciado la resolución de la que se solicitase el reconocimiento.

Las resoluciones provisionalmente ejecutivas de cada una de las partes, aunque susceptibles de recurso ordinario, serán reconocidas y declaradas ejecutivas en la otra parte en cuanto fueren aplicables, si decisiones del mismo tipo pudieran también allí ser dictadas o ejecutadas.

La parte interesada al solicitar el reconocimiento y la ejecución debe presentar la documentación requerida acompañada de la apostilla prevista en el art. 4 de la Convención suprimiendo la legalización de los documentos públicos extranjeros, adoptada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 5 de octubre de 1961. Hay que tener en cuenta que la exención de legalizaciones prevista por el art. 7 de la Convención para los exhortos no rige para el reconocimiento de las sentencias.

En los procedimientos para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias, de las resoluciones y de las transacciones judiciales, cada Estado aplicará su legislación, limitándose a verificar si las condiciones previstas en la Convención se han cumplido.

427. El *Convenio de cooperación jurídica en materia civil, entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federativa de Brasil*, celebrado en Madrid el 13 de abril de 1989, regula el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales, transacciones, laudos arbitrales y documentos con fuerza ejecutiva en sus arts. 15 a 17. El Convenio se aplica a decisiones en materia civil, mercantil y laboral. Con relación a las penales, sólo en aquellos aspectos que se refieran a las consecuencias civiles del delito (art. 15). Para valorar la jurisdicción indirecta se establecen criterios propios (art. 17). Las decisiones deberán observar los requisitos establecidos en los arts. 19, 20, 21 y 24.

El trámite que deberá seguirse en cada uno de los Estados se fija en el art. 18: en España, sin necesidad de procedimiento alguno, salvo que deban producir efecto de cosa juzgada o deban ser ejecutadas para lo cual serán competentes los Juzgados de Primera Instancia; y en Brasil, es necesaria la homologación ante el Supremo Tribunal Federal.

Se permite el reconocimiento parcial de la sentencia no permitiéndose ni el control de la solución a la que se ha arribado en la misma ni el control de la ley aplicada por el juez sentenciante (art. 24). Está contemplado el no reconocimiento en caso de que la decisión fuese manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido.

428. El *Convenio sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre la República Federativa del Brasil y la República Oriental del Uruguay*, del 28 de diciembre de 1992, regula la cooperación judicial entre los dos países menos la penal, y específicamente norma el tema del reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros en el Capítulo IV, en forma muy similar al Protocolo de Las Leñas (Vescovi). Incluye dentro de su ámbito de aplicación material sentencias y laudos arbitrales en materia civil, comercial, laboral y contencioso administrativa.

El análisis de la jurisdicción del juez que dictó la sentencia se realiza de acuerdo a las normas de competencia del Estado en el cual la sentencia va a surtir efectos. Es de resaltar que el art. 18.1 consagra la excepción de cosa juzgada pero no prevé el tema de la litispendencia.

429. Brasil tiene aprobadas también convenciones bilaterales con otros países europeos, además de España. Así, encontramos la *Convención de cooperación judicial en materia civil entre la República Federativa del Brasil y la República Francesa*, del 28 de mayo de 1996 (que a su entrada en vigor, el 1° de octubre de 2000, ha dejado sin efecto la Convención franco brasileña del 30 de enero de 1981). Esta Convención abarca bastante más que el reconocimiento ya que regula el acceso a la justicia, la obtención de pruebas y la transmisión de actas, además de aspectos tales como protección de menores, dispensa de legalización y estado civil. Asimismo, cabe destacar el Tratado de cooperación judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil, entre la República Federativa de Brasil y la República Italiana, del 17 de octubre de 1989.

430. Entre España y Uruguay se celebraron, el 4 de noviembre de 1987, dos tratados internacionales en la materia. Uno que regula en forma general la temática: *Convenio de cooperación jurídica entre el Reino*

de España y la República Oriental del Uruguay; y otro, que lo hace para cuestiones de alimentos, el *Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos*. Aunque en realidad, según el art. 9 de este último, el reconocimiento y la ejecución de sentencias que fijen alimentos quedarán sometidos a lo previsto en el Convenio de cooperación jurídica. El Convenio de cooperación jurídica establece los requisitos para otorgar el reconocimiento o la ejecución en los arts. 3, 4 y 8. Se elaboraron normas específicas para regular la jurisdicción indirecta (art. 5).

Es interesante resaltar que serán tribunales competentes para entender en el reconocimiento y la ejecución los Juzgados de Primera Instancia de ambos países. Esto significa una excepción al principio general que establece el CGP de Uruguay en materia de tribunal competente para entender en ejecuciones de sentencias extranjeras, ya que prevé un procedimiento de exequátur que se realiza ante la Suprema Corte de Justicia, órgano máximo del Poder Judicial de ese país y también al procedimiento ante el Tribunal Supremo establecido en el art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 –norma cuya vigencia fue mantenida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000–. Entonces para ejecutar una sentencia española en Uruguay o viceversa, el trámite se realiza en primera instancia, procedimiento que creemos es el más conveniente en general.

5. Reflejo de las convenciones de la dimensión "universal" en los Estados americanos

A) Fracaso de la Convención de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial (1971)

431. Esta Convención, adoptada el 1° de febrero de 1971, conjuntamente con su Protocolo Adicional, se encuentra vigente entre Chipre, Kuwait, los Países Bajos y Portugal. El ámbito de aplicación material de esta convención está determinado en sus tres primeros artículos: decisio-

nes en materia civil o comercial, siempre que no ordenen medidas cautelares ni emanen de tribunal administrativo (art. 2). Están además excluidas, entre otras, aquellas resoluciones en materia de estado o capacidad de las personas, derecho de familia, existencia o constitución de personas jurídicas, obligaciones alimentarias, en materia sucesoria, concursos, quiebras, seguridad social, daños nucleares, en materia de pago de impuestos, tasas, etcétera (art. 1).

432. En cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento, la convención exige, en primer lugar, que la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal competente según las propias normas de la convención (art. 4.1 y arts. 10 y 11). La jurisdicción exclusiva del país de reconocimiento está a salvo en el art. 12. También se respeta la jurisdicción exclusiva de un tercer país, y se reconoce la jurisdicción exclusiva otorgada a los árbitros.

Es de destacar que no se exige legalización ni formalidad alguna de la documentación acompañada (art. 13). Se requiere que la sentencia extranjera haya pasado en autoridad de cosa juzgada material (art. 4.2) exigiéndose además que ésta sea ejecutable en el país de origen (art. 4 último párrafo). Se admite el rechazo del reconocimiento por fraude al derecho procesal, entendiéndose por tal los artificios realizados para escabullirse a la competencia jurisdiccional elegida o al procedimiento normal. En estos casos el tribunal requerido puede rechazar el reconocimiento a la sentencia extranjera (art. 5.2). No se permite ni la revisión sobre el fondo (art. 7) ni la revisión sobre la solución material. El procedimiento del reconocimiento será regido por el derecho del Estado requerido. Tampoco se puede exigir caución alguna a efectos de garantizar el pago de las costas, en razón de la nacionalidad o del domicilio del requirente.

B) La posible Convención de La Haya sobre jurisdicción internacional y reconocimiento de sentencias

433. El 30 de octubre de 1999, la Comisión Especial designada por la Conferencia de La Haya de DIPr redactó un Proyecto de Convención sobre jurisdicción y sentencias extranjeras en materia civil y comercial, proyecto que debía ser discutido en octubre de 2000 (ver Cap. 4.I.4.B).

Posteriormente se divulgó un nuevo Proyecto provisorio de 20/6/2001 y se desconoce al 1°/12/2002 la fecha en que la Conferencia diplomática discutirá finalmente la Convención.

En el capítulo que regula el reconocimiento y la ejecución de sentencias, se define como sentencia toda decisión judicial, cualquiera sea su denominación, incluyendo aquellas que ordenen medidas cautelares o de protección, abarcando a los acuerdos homologados judicialmente (arts. 23 y 36). Hay que tener presente que en el ámbito universal no existen tratados que regulen con carácter general las medidas cautelares, a diferencia de lo que sucede en CIDIP y en el MERCOSUR (Cap. 9.II.4 y 9.III.2).

La Convención no se aplica cuando el tribunal que dictó la sentencia asumió jurisdicción en virtud de criterios atributivos previstos en normas nacionales y no en los que contempla la Convención (art. 24).

434. En cuanto a los requisitos que deberán observarse para el reconocimiento, la Convención prevé: que el tribunal requerido debe verificar la jurisdicción indirecta del juez sentenciante, cuyo análisis debe realizarse sobre la base de los criterios establecidos por la propia Convención. El art. 26 que establece que se habrá de denegar el reconocimiento cuando el tribunal de origen hubiera entendido en virtud de una jurisdicción exorbitante o no se hayan respetado los criterios de jurisdicción en materia de acuerdos de elección de foro, sumisión tácita, contratos con consumidores, contratos de trabajo y supuestos de jurisdicción exclusiva establecidos en el texto.

Además, la sentencia tiene que haber pasado en autoridad de cosa juzgada y ser susceptible de ejecución en el país de origen, pero si se encuentra sujeta a revisión o no ha vencido el plazo para plantearla, el reconocimiento puede ser suspendido.

435. El reconocimiento puede ser rechazado en caso de litispendencia en el Estado requerido o cosa juzgada tanto en el Estado en el que se pide el reconocimiento como en otro Estado, en el supuesto que afecte manifiestamente el orden público del Estado en el que se pide el reconocimiento, como también si aparecen comprometidos principios fundamentales del procedimiento, en particular el derecho de defensa y la debida notificación del demandado. Se prevé, al igual que en la Convención de La

Haya de 1971, que no procederá el reconocimiento en caso de existir fraude procesal. No se autoriza la revisión de fondo, sin perjuicio del análisis que debe efectuarse para verificar el cumplimiento de las condiciones del reconocimiento (art. 28).

En relación con las sentencias que condenen a pagar daños y perjuicios no resarcitorios, como es el caso de los *punitive damages* del derecho de Estados Unidos de América, la futura Convención adopta una solución que intenta conciliar los distintos criterios existentes en la materia entre los sistemas de derecho continental y anglosajón (art. 33). En virtud de esa diferencia de criterios, en distintos países del mundo se han rechazado reconocimientos de sentencias dictadas en Estados Unidos por considerar que se había vulnerado el orden público internacional. El proyecto garantiza un reconocimiento parcial a la vez que permite reducir el monto de la condena a una suma comparable a la que se habría otorgado en el Estado de ejecución.

436. Para obtener el reconocimiento se deberá acompañar copia de la sentencia, debidamente certificada y constancia de que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada (art. 29). La certificación no implica legalización, trámite que no puede ser exigido (art. 29.3). En cuanto al procedimiento para obtener el reconocimiento, la Convención adopta la línea clásica al someterlo a la ley del Estado en que lleva a cabo el mismo (art. 30). Se elimina el arraigo u otro tipo de caución o garantía por el hecho de ser, el peticionante, nacional o estar domiciliado en otro Estado distinto a aquél donde se pide el reconocimiento (art. 31). Está previsto el reconocimiento parcial (art. 34), como así también se determina que las condenas en costas se someten al mismo régimen de reconocimiento de las decisiones judiciales (art. 23).

II. El reconocimiento en la dimensión institucional mercosureña: el capítulo V del Protocolo de Las Leñas

437. El Capítulo V del Protocolo de Las Leñas de 1992 tiene el propósito específico de abordar el tema de la eficacia extraterritorial de las sentencias en un ámbito espacial integrado. Cabría suponer, al menos en

principio, que entre Estados miembros de un proceso de integración, las decisiones judiciales deberían circular con mayor facilidad que aquéllas provenientes de Estados que no pertenecen al territorio común. Ello contribuye a la integración jurídica y, en última instancia, incidirá en la integración económica, la cual no se puede afianzar sino en un ámbito de certeza y seguridad. Dotar al espacio de una base jurídica adecuada, superando la gran dispersión, facilitando la coherencia y continuidad de la acción debe ser la brújula que ha de guiar hacia un espacio sin fronteras interiores.

El Protocolo de Las Leñas, primer instrumento de DIPr autónomo mercosureño, fue el resultado de la preocupación del MERCOSUR por lograr avances en la cooperación internacional, buscando la armonización de las regulaciones establecidas en convenios anteriores que sólo vinculaban a algunas de las partes involucradas. Este Protocolo ha sido aprobado por Argentina a través de la Ley N° 24.578 (*BO* 15/11/1987), Brasil a través del Decreto legislativo N° 55 del 19 de abril de 1995, Paraguay por Ley N° 270/1993 y en último término por Uruguay a través de la Ley N° 16.971 del 15 de junio de 1998. El Protocolo tiene una cláusula de vigencia especial, en su artículo 33, que dispone la aplicación provisional desde su firma, es decir que entró en vigencia provisional desde el 27 de junio de 1992. El caso argentino *"Petropol"* (JNCom 1995) aplicó el Protocolo de Las Leñas en un supuesto de arraigo con Uruguay. En cambio la Autoridad Central de la República Oriental del Uruguay ha sostenido una posición contraria a la aplicación provisional.

El MS negoció con los Estados asociados durante el año 2002 un tratado paralelo al Protocolo de Las Leñas: el Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, aprobado por Dec. CMC 8/02 del 5/7/2002. Ello trajo como consecuencia la necesidad de introducir algunas modificaciones en el texto de 1992, que fueron aprobadas como Enmienda al Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados parte del MERCOSUR (Dec. CMC 7/02 del 5/7/2002).

Hay que destacar que la modificación introducida por la Enmienda de 2002 al art. 35 del Protocolo de Las Leñas, mejora la regla de com-

patibilidad entre convenciones, ya que ahora el criterio que se utiliza para resolver la relación entre la norma mercosureña y otras convenciones suscriptas anteriormente entre los Estados parte, es la aplicación de la norma que sea más beneficiosa para la cooperación.

438. Las condiciones generales que deben cumplir las sentencias extranjeras a los efectos de que desplieguen su eficacia en el ordenamiento del foro se agrupan en tres tipos de requisitos: formales, procesales y sustanciales. Los requisitos formales que son los que se refieren a la sentencia extranjera como instrumento público extranjero, están tratados en el art. 20 incs. a y b y en el art. 26 del Protocolo de Las Leñas. Se exige autenticidad de la sentencia para lo cual debe cumplir con las formalidades externas exigidas por la ley del Estado donde fue dictada (art. 20.a) y traducción al idioma del Estado en el que se solicita el reconocimiento (art. 20.b). Se suprime la legalización de la documentación acompañada siempre que la vía de transmisión sea la Autoridad Central (art. 26). En cambio, si se realiza a través de particulares, sin intervención de la autoridad mencionada, el Protocolo nada prevé. En estos casos, se deberá proceder a la legalización consular de las mismas, prevista en los arts. 3 y 4 del TMDProcI de 1940, respecto de los casos que vinculan entre sí a dos de los Estados parte (Argentina, Paraguay y Uruguay). Esto es así pues sólo Argentina, entre los países del MERCOSUR, ha aprobado la Convención de supresión de legalizaciones en documentos públicos extranjeros de 1961.

Téngase en cuenta que la Enmienda al Protocolo de Las Leñas modifica el art. 19 del mismo, el cual, además de agregar la posibilidad de tramitar el reconocimiento de la decisión judicial por vía diplomática o consular sin que sea necesario recurrir a legalización alguna, introduce un segundo párrafo con el siguiente tenor:

> "(...) no obstante lo señalado en el párrafo anterior, la parte interesada podrá tramitar directamente el reconocimiento o ejecución de la sentencia. En tal caso, la sentencia deberá estar debidamente legalizada de acuerdo con la legislación del Estado en que se pretenda su eficacia, salvo que entre el Estado de origen del fallo y el Estado donde es invocado, se hubiere suprimido el requisito de la legalización o sustituido por otra formalidad".

439. Con relación a los requisitos procesales, el control de la competencia del juez extranjero se impone ante la necesidad de evaluar la regularidad en la intervención de la autoridad judicial de origen. El Protocolo de Las Leñas dispone que la jurisdicción indirecta deberá apreciarse a la luz de las normas de competencia del Estado requerido, bilateralizando entonces, las normas de este último (art. 20.c). Esta solución un tanto territorialista ha sido atenuada a través de la adopción de soluciones convencionales materiales que ha adoptado con posterioridad el MERCOSUR.

En el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual de 1994, se atribuye competencia internacional a los jueces pactados en un acuerdo de elección de foro y, subsidiariamente, a los tribunales del lugar de cumplimiento del contrato (entendiéndose por tal el del lugar de ejecución de la obligación reclamada en juicio), a los del domicilio del demandado o a los del domicilio del actor cuando haya cumplido con la obligación a su cargo (arts. 4 a 9) o a los jueces del lugar de celebración del contrato en caso de tratarse de personas jurídicas que actúen fuera de la sede social (art. 11).

El Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados del MERCOSUR, de 1996, otorga jurisdicción internacional a los tribunales del lugar de producción del accidente, los del domicilio del demandado o los del domicilio del actor (art. 7).

El Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, adoptado en 1996, en su art. 4 establece como regla general la jurisdicción de los tribunales del domicilio del consumidor, sin perjuicio de otras jurisdicciones alternativas en beneficio del consumidor que tienen carácter excepcional (art. 5).

El Acuerdo de transporte multimodal, aprobado en Ouro Preto el 17 de diciembre de 1994, regula, en su Anexo II, la jurisdicción internacional estableciendo que entenderán los tribunales del domicilio del establecimiento principal del demandado o del agente o representante que intervino en la operación de transporte multimodal, o del lugar de entrega o donde deberían haber sido entregadas las mercaderías. Este Anexo quedará sustituido por el Acuerdo sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga (Dec. CMC 11/02, del

5/7/2002), que establece como jueces competentes, a elección del demandante, a los jueces del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato, del lugar de carga o descarga, del lugar de tránsito donde haya un representante cuando éste sea demandado, y de cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte, siempre que se trate de un Estado parte (art. 2).

Estos tratados determinan que en el ámbito del MERCOSUR se deberán observar los criterios atributivos de jurisdicción para cada una de las materias en ellos reguladas y en principio están planteados para regular la jurisdicción directa. El Protocolo de Buenos Aires (art. 14) y el de Santa María (art. 12) refieren expresamente al Protocolo de Las Leñas, indicando que deben ser tenidos en cuenta para efectuar el control de la competencia del tribunal de origen. En los otros tres instrumentos, si bien nada se dice al respecto, se debe hacer extensiva tal relación.

Vemos entonces que el Protocolo de Las Leñas no avanza sobre la principal fuente de conflictos: el criterio de control de la competencia del juez de origen, al adoptar el sistema de la bilateralización de las normas de competencia del juez requerido. A través de los Protocolos de Buenos Aires, San Luis, Santa María y del Acuerdo de Transporte Multimodal se atenúa la situación anterior, por intermedio de la adopción de soluciones materiales convencionales.

440. Está preservada en Las Leñas (art. 20.d), la garantía de defensa en juicio, es decir que se haya otorgado un tiempo útil para defenderse y se haya observado la regularidad formal de la notificación. En el caso "*O.B.V. c/ de A.R.T.*", 14/10/1980 (*JA* 1981-I-457) de Argentina, se dispuso que el juicio acerca del cumplimiento de la exigencia de hecho impuesta por la ley de ese país –la citación personal del condenado domiciliado en Argentina– ha de fundarse en las constancias o elementos que en el curso del trámite del exequátur las partes le arrimen al juez nacional y que fundamentalmente serán los testimonios que se presenten complementados por informes consulares o diplomáticos acerca del procedimiento que se siguió. Consecuentemente, bien puede ocurrir que la sentencia extranjera haya sido pronunciada con arreglo a las formalidades exigidas para su ejecutoriedad local, y sin embargo la inexistencia de los elementos apropiados que así lo demuestre torna procedente su rechazo.

Se dispone que la sentencia debe tener fuerza de cosa juzgada en el país de origen, lo cual significa que no debe poder ser objeto de ningún recurso en ese Estado (Las Leñas, art. 20.e). La SCJ del Uruguay en el caso "*Han in Trading Co.*" (10/3/1999), no consideró acreditado que la sentencia hubiera pasado en autoridad de cosa juzgada solamente por haberse expresado en esas actuaciones que "la misma puede ser ejecutada provisionalmente", lo que consideró contradictorio con la autoridad de cosa juzgada exigida como requisito. Cuestión delicada es determinar si cumple con el requisito de haber pasado en autoridad de cosa juzgada una sentencia que está sujeta a un recurso extraordinario o de casación que no tiene efectos suspensivos en el país que dictó la sentencia, como sucede en Uruguay.

En el caso de Argentina "*Freire Guapo Garcao*", 13/8/1997 (*LL*, 1998-B-175), en el que se solicitó el reconocimiento de una sentencia sobre tenencia de menores dictada en Sudáfrica, se resolvió que no puede reconocerse una sentencia extranjera cuando no se acredita que haya adquirido autoridad de cosa juzgada o si aquélla es pasible de algún recurso ordinario y, en tal caso, si ha sido interpuesto y cuál fue su suerte o consta si se encuentran vencidos los plazos para interponerlo. Es importante que el fallo no rechazó el reconocimiento sino que ordenó realizar las diligencias para subsanar la omisión de este requisito.

441. En cuanto al conflicto de decisiones o conflicto entre una decisión foránea y un procedimiento local, se establece que podrán oponerse, contra esa ejecución, las excepciones de litispendencia o de cosa juzgada, según corresponda, en el Estado requerido (Las Leñas, art. 22).

442. Al referirnos a los requisitos sustanciales para proceder al reconocimiento, el Protocolo de Las Leñas no permite la revisión del fondo de la sentencia. Únicamente se podrá denegar el reconocimiento si la sentencia es manifiestamente contraria a los principios de orden público del Estado requerido (art. 20.f). La interpretación de orden público internacional debe realizarse en el mismo sentido del art. 5 de la CIDIP de normas generales (1979). Aquí podemos referirnos, por un lado, a la ausencia de vulneración del orden público de procedimiento, integrado por el principio del derecho de defensa y, por el otro, a la revisión de la so-

lución material plasmada en la sentencia a los efectos de juzgar acerca de su incompatibilidad con los principios fundamentales del orden jurídico del foro. No se autoriza el control de la ley aplicada o aplicable por el juez extranjero.

La jurisprudencia argentina en el caso "*S. de M., S.*", 30/4/1981 (*LL*, 1981-D45) dispuso que el exequátur es el acto jurisdiccional en virtud del cual se consiente en nombre de la ley argentina la aplicación de una sentencia extranjera en territorio nacional. Recae sobre la propia sentencia y la inviste de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales sin necesidad de entrar en la revisión del juicio.

443. Se permite otorgar eficacia parcial a la sentencia si no pudiera tenerla en su totalidad. Ejemplo claro de esto es lo que dispusieron los tribunales argentinos en el caso "*Bagarella Gieim*", 14/12/1982 (*LL*, 1983-C122), al explicar que en la doctrina del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras referentes a matrimonio, se enseña que en un país que prevé el divorcio se admite la conversión de una sentencia extranjera de separación en sentencia de divorcio vincular, así como a la inversa en un país antidivorcista se estila mantener una sentencia extranjera de divorcio vincular como sentencia de separación. Con posterioridad, en el caso "*Citibank S.A. c/ Narbaitz*", 17/9/1987 (*JA*, 1987-IV-713) se resolvió dejar sin efecto el pronunciamiento que declaró inejecutable una sentencia extranjera fundándose en que habiéndose establecido el control de cambios, la sentencia deviene inejecutable en dólares norteamericanos, pues de conformidad a la legislación argentina si la condena no puede cumplirse se obligará al vencido a la entrega de su valor.

444. El sistema del MERCOSUR contempla el exhorto como instrumento para pedir la ejecución de las sentencias y los laudos extranjeros. Esto ha sido muy criticado ya que el trámite tradicional para hacer valer la eficacia ejecutoria de la sentencia extranjera ha sido el de someterla al exequátur. El exequátur es un proceso autónomo, independiente de la sentencia que se pretende ejecutar.

Los tribunales argentinos han entendido que el objeto del procedimiento de exequátur no es la relación sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer, sino la decisión o el fallo ex-

tranjero, como tal, a través de un examen de índole procesal tendente a verificar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en el país (caso "*Meier*", 21/3/1989 (*LL*, 1989-E-475).

Ya con anterioridad, en 1971, en el caso "*Schnabel Gaumer & Co.*" se expresó que el exequátur como surge de la última parte del art. 518 CPCN, importa la conversión de la sentencia extranjera en título ejecutorio nacional, o sea, crea este último ejecutorio sobre la base de esa misma calidad, inherente al fallo cuyo pase autoriza. Pero, en la República Federal Alemana, el carácter definitivo de la sentencia arbitral no importa ejecutoriedad. Ésta debe ser declarada en un procedimiento en el que el laudo puede ser anulado o revocado y sólo después de producida esa declaración alcanza valor de título para la ejecución. Es lo que resulta del Código Civil, arts. 1041 y 1042 de la República Federal Alemana, transcriptos en el informe de la embajada de dicho país. La "sentencia definitiva" necesita la declaración de ejecutoriedad, necesaria en el país de origen y también en el requerido, porque no puede en éste constituir título para la ejecución el que no ofrece tal carácter en el país del que proviene. No se trata de preparar la ejecución del fallo, sino de admitir la existencia del título mismo de ejecución, que no podría ser válidamente atacado en el procedimiento correspondiente (art. 506 CPCN).

El trámite que corresponde es el del exequátur y no puede ser burlado, so pretexto de incluir en una rogatoria que demanda actos que exceden ese concepto e importan específicamente una ejecución, intentando obviar la valla del exequátur homologatorio de la sentencia. Así se expidió la jurisprudencia argentina en el caso "*Herstein*", 17/3/1993 (*ED*, T156 63).

445. La doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo en un exhorto de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, dirigido a un juez argentino, en autos: "*Soc. Anónima Comercial e Industrial c/ Industrias Walter*", 10/12/1982 (*ED*, T112 411), fueron contestes en rechazar las ejecuciones tramitadas a través de exhorto, pero en fin, fue el medio instaurado en Las Leñas. Se previó que el exhorto se transmitirá a través de Autoridad Central. Luego, el procedimiento queda sometido a la ley del Estado requerido; en particular, en Argentina se estará a la regulación del trámite de los incidentes (arts. 180 y 518 CPCN).

La ejecución de una sentencia extranjera debe tramitar ante el juez que tenga competencia según el ordenamiento interno. No tratándose de acción real ni resultando de los elementos acompañados la existencia de un lugar de cumplimiento de la obligación en forma explícita o implícita, cabe estar a la regla del CPCN argentino, en cuyos términos es competente el juez del domicilio real de los demandados. Así dispuso la CNCom-A en el caso "*Rubén Grinspanas*" (28/2/1986).

446. El Acuerdo complementario al Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, firmado en Asunción el 18 de junio de 1997, tiene por finalidad aprobar los formularios que, del número 1 al 11, integran el Anexo al mismo. Los formularios aprobados son para ser utilizados en la cooperación en actividades de mero trámite, como por ejemplo citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes (formularios 1 a 6). Asimismo se emplearán para la recepción u obtención de pruebas en el extranjero (formularios 7 a 11). Ninguno de los formularios aprobados tiene como finalidad el ser utilizado en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

III. El reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros

1. Ámbito "universal": la Convención de Nueva York de 1958

447. La Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York el 10 de junio de 1958, ratificada por una enorme cantidad de países de todo el mundo entre ellos todos los países del MERCOSUR y asociados, ha establecido una reglamentación mínima a nivel universal, que otorga una gran seguridad para la ejecución de los laudos arbitrales prácticamente en cualquier lugar del mundo (ver Cap. 4.IV).

La Convención de Nueva York tiene una norma de compatibilidad con otras convenciones: contempla la aplicación de otros tratados vigentes entre los Estados parte o incluso la legislación interna del país donde se invoque el laudo, que establezcan condiciones más favorables pa-

ra el reconocimiento de los laudos (art. VII.1). Entendemos que la Convención de Nueva York otorga prioridad a otras convenciones, por ejemplo, en el MERCOSUR a la Convención de Panamá.

448. La norma medular de la Convención de Nueva York es su art. V, referido a las causales que impiden el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. La mayoría de las causales requiere petición de parte (art. V.1.), aunque hay dos que corresponde aplicar de oficio: que el objeto de la controversia no sea susceptible de ser sometido a arbitraje, según la ley del país donde se pide el reconocimiento (art. V.2.a) o que el laudo afecte el orden público del Estado donde se pretende el reconocimiento (art. V.2.b).

Las materias que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje están determinadas por el derecho interno de cada país (arts. II.2 y V.2.a). En cuanto al orden público, se interpreta en el sentido de que el laudo tendrá eficacia extraterritorial si no contraría manifiestamente los principios de orden público internacional del Estado en el que se solicite el reconocimiento.

449. Las causales que necesariamente deben ser invocadas y probadas por la parte contra la cual se pide el reconocimiento son varias y están determinadas expresamente por la Convención:

– la falta de capacidad de alguna de las partes para celebrar el acuerdo arbitral (art. V.1.a). La Convención no indica la ley que rige la capacidad, lo que torna aplicables las normas de conflicto del país donde se pide el reconocimiento, que en todos los países del MERCOSUR es la ley del domicilio de la persona física (art. 1 del TMDCI de 1940 y art. 7 LICC de Brasil), misma solución que aparece en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 7.1.);

– la invalidez del acuerdo arbitral (art. V.1.a), ya sea por no cumplirse las normas materiales de la Convención, o a las del derecho aplicable en lo que respecta a las cuestiones no reguladas en la Convención;

– la falta de notificación debida de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje y la imposibilidad de ejercer su defensa (art. V.1.b), es otra de las causales por las que puede rechazarse la ejecución del laudo; se tendrán en cuenta en este caso las reglas de procedimiento

de la institución administradora del arbitraje que hayan pactado las partes y en el arbitraje *ad-hoc*, si las partes no han convenido normas de procedimiento, las normas del país sede del arbitraje, como resulta del art. V.1.d;

– también puede denegarse el reconocimiento cuando el laudo resuelve cuestiones no previstas en el acuerdo arbitral (art. V.1.c); en este caso corresponde el reconocimiento o la ejecución parcial del laudo, si las cuestiones son separables;

– la falta de constitución válida del tribunal arbitral o de adecuación del procedimiento arbitral a las normas pactadas por las partes o en su defecto a la ley del lugar donde se haya efectuado el arbitraje (art. V.1. d), puede ser alegada por la parte para oponerse al reconocimiento del laudo.

450. La falta de obligatoriedad del laudo para las partes o que éste haya sido anulado o suspendido por una autoridad del Estado donde se dictó el laudo (art. V.1.e), puede ser también motivo para rechazar el reconocimiento. La Convención no requiere la ejecutoriedad del laudo, es decir que haya pasado en autoridad de cosa juzgada (Grigera Naón). No se exige el denominado "doble exequátur", esto es, que el laudo sea reconocido u homologado por un tribunal del país donde fue dictado, a fin de demostrar que tiene carácter de cosa juzgada y luego reconocido por un tribunal del país donde se pretende ejecutar. Sin embargo, existe un caso aislado, resuelto erróneamente por los tribunales argentinos en 1971, época en que la Convención de Nueva York no se encontraba vigente en Argentina, en el que se rechazó la ejecución de un laudo dictado en Alemania por no haberse declarado ejecutable en el país de origen "*Schnabel, Gaumer & Co. c/ Sepselon E.*", 21/4/1971 (*LL*, 144-260) y la jurisprudencia brasileña exigía el doble exequátur, hasta la sanción de la Ley N° 9307 del 23 de septiembre de 1996, caso del STF, "*M.B.V. Commercial and Export Management Establishment c/ Resil Industria e comercio Ltda.*", 10/10/1996).

451. La ley aplicable al procedimiento de reconocimiento o ejecución del laudo es la del territorio donde la sentencia sea invocada (art. III). En Argentina, la ejecución del laudo debe solicitarse al juez de primera

instancia con competencia en razón de la materia –normalmente un juez comercial– y tramita por la vía de incidente, con traslado al demandado por el plazo de cinco días (arts. 519 bis, 518 y 180 CPCN, Leyes N° 17.454 de 1967 y N° 22.434 de 1981, normas no modificadas por la reforma de la Ley N° 25.488 de 2001); deberán tenerse en cuenta los trámites y procedimientos previstos en los códigos procesales de cada una de las provincias. En Paraguay es competente para el reconocimiento y ejecución del laudo el juez de primera instancia en lo Civil y Comercial del domicilio del demandado o del lugar de ubicación de los bienes y el traslado se confiere por cinco días (arts. 45 y 48, Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación de 11 de abril de 2002 (GO 26/4/2002 n° 80 bis). En cambio, en Brasil interviene necesariamente el STF por imperativo constitucional (art. 102.I.h CF y art. 35 Ley N° 9307/1996). En Uruguay es competente la SCJ y el traslado se otorga por veinte días (art. 541.2 CGP). Hay que entender que "ley" puede ser un tratado internacional que resulte aplicable, por ejemplo, el Protocolo de Las Leñas, como lo indica expresamente el art. 4 de la Convención de Panamá.

El art. III de la Convención de Nueva York impone una suerte de "trato nacional" para los laudos extranjeros: no se pueden imponer condiciones más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los requeridos para la ejecución de los laudos arbitrales nacionales. Esta norma se refiere a las costas de la ejecución del laudo y no a los honorarios del arbitraje. Este art. III.2 no ha sido interpretado como una eliminación del arraigo, aunque el texto, no muy preciso sobre el alcance del "trato nacional", podría permitirlo.

2. Ámbito interamericano: las Convenciones de Panamá sobre arbitraje y de Montevideo sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos

452. Las causales que obstan al reconocimiento del laudo (art. 5 de la Convención de Panamá), están tomadas a la letra de la Convención de Nueva York, por lo que a ella nos remitimos. La ejecución y el reconocimiento de las sentencias arbitrales podrán exigirse en la misma forma que las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según lo que establezcan los tratados internacionales y la ley

del país donde se pide el reconocimiento (art. 4 de la Convención de Panamá, similar al art. III de la Convención de Nueva York). Con relación a laudos arbitrales, el Código Bustamante establece que cualquiera sea la naturaleza del arbitraje, la única limitación es que la materia sobre la que recae pueda ser objeto de compromiso según la ley del Estado requerido (art. 432).

3. Ámbito institucional mercosureño: Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR y aplicabilidad de otras normas

453. Hemos mencionado la gran cantidad de normas sobre arbitraje de fuente internacional vigentes en el MERCOSUR, a las que se agregaron a partir de 1998 el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR (CMC/Dec. N° 3/1998) y el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (CMC/Dec. N° 4/1998), firmados ambos en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998 (ver Cap. 4.IV).

La ejecución de los laudos arbitrales extranjeros está expresamente excluida de los Acuerdos del MERCOSUR (art. 23), por lo que se aplicará la Convención de Panamá de 1975, o la Convención de Nueva York de 1958 –aunque los acuerdos no la mencionen– complementadas una u otra con el Protocolo de Las Leñas de 1992, o con la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1979, o con las normas internas del país donde se pida la ejecución.

454. ¿Cómo se relacionan estas convenciones? ¿Qué requisitos corresponde cumplir para obtener la ejecución del laudo? ¿Los indicados en el art. 20 del Protocolo de Las Leñas, o los que resultan del art. 5 de la Convención de Panamá sobre arbitraje? En líneas generales deben exigirse los requisitos del art. 5 de la Convención de Panamá, por su especialidad en materia de arbitraje, en tanto el Protocolo de Las Leñas de 1992 se aplica especialmente en lo que se refiere al trámite, que puede efectuarse por exhorto, a través de Autoridad Central y sin necesidad de legalización ni *apostille*.

Por otra parte, hay que considerar que el procedimiento establecido en las normas del MERCOSUR, tendentes a facilitar la cooperación jurisdiccional internacional, no excluye la utilización de los trámites previstos en las leyes procesales del lugar donde se pretende el reconocimiento (Convención de Panamá: art. 4; Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros: art. 6).

455. En el MERCOSUR, entonces, el reconocimiento o la ejecución del laudo puede pedirse por exhorto, a través de la Autoridad Central o a elección del actor, puede formularse directamente la petición ante el juez del país donde se pretende la ejecución, por el trámite indicado por las normas procesales de ese Estado. Así se ha dispuesto en forma expresa en la Enmienda al Protocolo de Las Leñas, Dec. 7/2002 CMC de 5/7/2002 (art. 19). Si se pretende ejecutar en Argentina, ciudad de Buenos Aires, un laudo arbitral dictado en España, por ejemplo, la parte interesada debe presentarse al juez de primera instancia con competencia en razón de la materia y tramita por la vía de incidente, con traslado al demandado por el plazo de cinco días, como ya se ha explicado. Pero si el laudo fue dictado en Brasil, puede pedirse la ejecución por exhorto a través de Autoridad Central (arts. 19 y 26 del Protocolo de Las Leñas), lo que requiere la intervención de una autoridad jurisdiccional de Brasil y no evita el trámite de incidente, con traslado al demandado.

456. El laudo debe reunir las formalidades externas de autenticidad (art. 20.a) del Protocolo de Las Leñas; art. 2 inc. a) de la Convención de Montevideo de 1979) de la ley del país sede del arbitraje, y estar en su caso traducido (art. 20.b) del Protocolo de Las Leñas; art. 2 inc.b) de la Convención de Montevideo de 1979). Si el laudo ha sido protocolizado, o si se ha certificado su autenticidad por funcionario público o notario, debe estar legalizado o llevar la *apostille*, según corresponda, salvo entre dos países del MERCOSUR, cuando la documentación se transmite por intermedio de la Autoridad Central (art. 26 del Protocolo de Las Leñas), vía de diligenciamiento prevista si se pide el reconocimiento del laudo arbitral por exhorto (art. 19).

Bibliografía complementaria

GREIF, J., "Eficacia de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros", en LANDONI SOSA, A. (dir.), *Curso de Derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*, Montevideo, FCU, 1997, pp. 177-189; OPERTTI BADÁN, D., *Reconocimiento y eficacia de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (trabajo preparado a solicitud de la OEA para la CIDIP II); TARIGO, E., "Reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras", *Estudios de derecho procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, FCU, 1999, pp. 431-457; TELLECHEA BERGMAN, E., *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, Montevideo, FCU, 2002; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil internacional*, Montevideo, Idea, 2000.

Capítulo 12

Dimensión autónoma de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños

Adriana Dreyzin de Klor, Amalia Uriondo de Martinoli, Nádia de Araújo, Roberto Ruiz Díaz Labrano, Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Argentina

1. Estructura del sistema

457. En la estructura federal del Estado argentino, las provincias se reservaron la atribución de dictar las normas procesales para sus respectivas jurisdicciones. De este modo, algunas de ellas han dictado normas sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras (así: arts. 983 ss. CPC de Córdoba, 421 ss. CPC de Tucumán, 269 ss. CPC de Santa Fe, etc.). Por otra parte, todos los intentos de legislar a escala nacional un cuerpo autónomo de DIPr –dentro o fuera del CC– incluyen un capítulo referido al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Es que no existen dudas razonables respecto a que las cuestiones relativas al reconocimiento son de estricto carácter federal, siendo aplicables, por tanto, las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCN), que disciplina el tema en los arts. 517 a 519 bis. Cabe aclarar que el propio art. 517 comienza dejando a salvo los casos en que resulten aplicables normas de la dimensión convencional del sistema ("las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan"), extremo que ha dejado de tener relevancia directa desde que la primacía de la normativa convencional tiene explícito rango constitucional.

La reserva general a la normativa internacional tiene mucha importancia en una materia como esta, sobre la cual están vigentes en Argen-

tina varios textos internacionales de gran trascendencia por la cantidad y proximidad de países involucrados, además de algún tratado bilateral.

2. *Procedimiento para el reconocimiento*

458. El sistema previsto en el art. 518 CPCN establece que la ejecución debe pedirse ante el juez de primera instancia que corresponda. Dicha solicitud podrá hacerse personalmente, por vía diplomática o por exhorto, sistema previsto en varias convenciones internacionales. A la solicitud debe acompañarse una copia legalizada y traducida en su caso, además de las "actuaciones" que acrediten que ha quedado ejecutoriada en el Estado de origen y que se han cumplido los demás requisitos exigidos en el art. 517, "si no resultaren de la sentencia misma" (ver CNCiv-H, 13/8/1997, *LL* 1998-B 175). Si el incumplimiento de alguno de estos requisitos fuese manifiesto, el juez debe rechazar la solicitud de oficio, antes de correr traslado (arts. 179 y 180 CPCN, Boggiano).

Se señala, además, que para el trámite del exequátur son aplicables las normas de los incidentes (cuyos plazos pueden resultar demasiado breves para algunos supuestos) y que, para los casos en que se ordene la ejecución, se debe proceder "en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos". Es decir, una vez que el juez de primera instancia autoriza la ejecución, la sentencia extranjera queda equiparada a una sentencia nacional. La decisión del juez de primera instancia, autorizando o denegando la ejecución es recurrible, cabiendo finalmente la posibilidad de recurso extraordinario en cuanto se cumplan las exigencias para su procedencia (Boggiano). Ese entendimiento pone en entredicho también la ejecución en Argentina de una sentencia de alimentos, en esencia siempre revisable, extremo que no parece compadecerse con los valores fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento, como ya mencionara Goldschmidt (respecto de la sentencia de la CNCiv-F, de 14/6/1974).

3. Requisitos exigidos

459. Los requisitos exigidos a la sentencia extranjera para poder tener efectos en Argentina se contemplan en el art. 517 CPCN, requisitos

que no sólo resultan preceptivos para el procedimiento autónomo de exequátur sino también para el reconocimiento incidental dentro de un juicio abierto en la República (art. 519 CPCN).

El primer requisito que menciona el art. 517 es el de la firmeza de la decisión extranjera, exigiendo expresamente que la misma haya pasado en autoridad de cosa juzgada en el sentido material, es decir, dentro de las vías ordinarias. En este sentido, se afirma que una sentencia adoptada en un juicio ejecutivo no cumpliría con el requisito de firmeza, al ser revisable en un juicio ordinario posterior (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, Weinberg). Sin embargo, la jurisprudencia argentina otorga eficacia a las sentencias pronunciadas en juicios ejecutivos.

En el mismo apartado 1 del art. 517 se consagra una norma de jurisdicción internacional indirecta que es moneda corriente en la región (aunque no en Uruguay desde la vigencia del CGP), estando presente en la Convención interamericana de 1979 (art. 2.d) y en el Protocolo de Las Leñas (art. 20.c), así como en la Ley venezolana de DIPr (art. 53.4). Se trata del criterio de la bilateralización de los foros propios, que consiste en considerar competente al juez de origen –y por lo tanto cubierto el requisito de que la sentencia haya sido dictada por una jurisdicción apropiada– si dicha competencia resultara de la aplicación de la norma de jurisdicción argentina, como si ésta fuera bilateral. Así, por ejemplo, si la sentencia ha sido dictada por el juez del domicilio del demandado, se considera cumplido este requisito, ya que dicho criterio es básico en el sistema argentino de jurisdicción. La sentencia extranjera debe derivar de una acción personal o de una acción real sobre bienes muebles, en el caso de que la presencia actual de éstos en Argentina sea lo que motiva la solicitud de exequátur. Se descarta con esta referencia expresa, la posibilidad de reconocimiento de una sentencia extranjera basada en una acción real sobre bienes inmuebles situados en Argentina. Debe recordarse que la regla es la concurrencia de jurisdicciones y la excepción es la exclusividad, para los casos específicamente declarados tales por las normas argentinas. Por lo tanto, en contra de lo que algunos autores parecen seguir creyendo, no hay jurisdicción exclusiva en materia de matrimonio en Argentina.

También se prevé el requisito de la citación personal de la parte demandada y la garantía de la defensa en juicio. El cabal cumplimiento de

esta exigencia implica que la notificación de la demanda debe hacerse en un modo regular y con el tiempo suficiente para que queden garantizados los derechos del demandado. La CSJN estimó que este requisito (en realidad, el requisito similar previsto en la Convención interamericana de 1979) no se había cumplido en la sentencia *"Riopar SRL c/ Transportes Fluviales Argenfrío SA"*, referido a un juicio ejecutivo en Paraguay en el cual se consideró extinguida una hipoteca naval constituida en Argentina (país de bandera del buque) por la falta de intervención del acreedor hipotecario.

Se incluye también el omnipresente requisito de la no contrariedad con los principios de orden público. Cabe mencionar, siquiera sucintamente, que la referencia debe entenderse a los principios de orden público internacional, en los casos de que la sentencia extranjera sea manifiestamente incompatible con los mismos, tanto en el orden sustancial como procesal, tal como ha sido ampliamente tratado por la doctrina y jurisprudencia europeas (González Campos). Manifiestamente incompatible significa que no basta cualquier contradicción con las reglas, mecanismos habituales o apreciaciones del Estado requerido (ver la sentencia de la CNCiv de 2/3/2000, *"Paloschi de Pis Diez, Ethel S. c/ Marsans International"*, *LL* 2000-F-111).

El art. 517 menciona también como causa de denegación del reconocimiento, la incompatibilidad de la sentencia extranjera con otra que haya sido pronunciada "con anterioridad o simultáneamente", en Argentina.

Desde el punto de vista formal, el art. 517 exige que la sentencia extranjera "reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional". De lo primero da fe el testimonio que se presenta. Para creer en él es que se exige la autenticidad, que en otras palabras significa exigir que se cumplan los requisitos de legalización previstos en la normativa (convencional o autónoma) vigente. En este sentido es muy importante recordar que Argentina es parte en la Convención de La Haya de 1961 que suprime la exigencia de legalización consular, sustituyéndolo por la "apostilla". Es decir que primero habrá que ver si resulta aplicable alguna convención sobre reconocimiento que elimine los requisitos de legalización, como es el caso del Protocolo de Las Leñas para las solicitudes transmitidas por medio de exhortos o por

vía diplomática, según la reciente reforma del art. 19, todavía no en vigor. En esos casos, basta con la copia certificada de la sentencia. Para los casos en que la sentencia provenga de un país con el cual no rige ninguna convención de reconocimiento, será necesaria la legalización ante el cónsul argentino en el país de origen, cuya firma ya no debe ser legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, según Decreto N° 1629/2001. La legalización consular no rige en los países que forman parte de la citada Convención de La Haya, caso en el cual bastará con la "apostilla".

II. Brasil

1. Estructura del sistema

460. En Brasil existen referencias expresas a esta materia en la Constitución Federal. Así, el art. 102.h, establece la competencia originaria del STF para la "homologación de sentencias extranjeras y la concesión del exequátur a las cartas rogatorias", competencia "que puede ser conferida por el reglamento interno a su Presidente". Dicho Reglamento interno del STF (RISTF), en sus arts. 215 a 224, establece no sólo las cuestiones procedimentales (a las que remite el CPC –arts. 483 y 484–), sino una serie de requisitos que debe contener la sentencia extranjera en vistas a su homologación. Por su parte, el art. 109.x CF, dispone que corresponde a los jueces federales la competencia para la ejecución de las cartas rogatorias –después del exequátur– y de las sentencias extranjeras –después de la homologación–.

2. Procedimiento para el reconocimiento

461. Aunque Haroldo Valladão cantaba loas al régimen de homologación de las sentencias extranjeras brasileño, subrayando la ausencia de reciprocidad, su rapidez y sus efectos inmediatos en todo el territorio nacional, son muchos los autores que no ven con tan buenos ojos este procedimiento. Vale destacar la sujeción de la homologación a los requisi-

tos del control de la regularidad formal de la sentencia extranjera, sin análisis del fondo de la misma, lo que en Brasil se conoce con el nombre de *delibaçao*. E.N. Ubaldo caracteriza la homologación como un "procedimiento complejo, de naturaleza contenciosa, cuya iniciativa corresponde a la parte interesada y se sujeta al cumplimiento de algunos requisitos básicos, bajo pena de ser desde luego denegada".

El RISTF establece que la homologación debe ser requerida por la parte interesada. En el escrito deben incluirse las normas procesales vigentes que resultan aplicables y se deberá acompañar certificación o copia auténtica del texto integral de la sentencia, así como otros documentos indispensables para verificar los requisitos exigidos, todos debidamente traducidos y autenticados (art. 218). En el caso de presentación defectuosa o incompleta el Presidente concede diez días para que sea corregida o completada, bajo pena de denegación (art. 219). Una vez que la solicitud y los documentos son aceptados, el Presidente manda a citar al requerido para que conteste en un plazo de quince días, por *carta de ordem* (mandamiento) si está domiciliado en Brasil, por carta rogatoria si está domiciliado en el extranjero, o por edictos si el requerido se encuentra en lugar "ignorado, incierto o inaccesible" (art. 220). Si el requerido fuera incapaz o estuviera rebelde se notificará personalmente al curador especial (art. 221.1). En su contestación, el requerido sólo podrá referirse, según el art. 221, "a la autenticidad de los documentos, la inteligencia de la sentencia y la observancia de los requisitos indicados en los arts. 217 y 218". Según el mismo art. 221, cabe réplica de la contestación en un plazo de cinco días y, pasado ese plazo, debe dictaminar el Procurador General en un plazo de diez días. Si nadie (requerido, curador o Procurador General) impugna el pedido de homologación, decide el Presidente del STF (art. 222); si hay impugnación, el caso pasa al Plenario (art. 223). Finalmente, el art. 224 RISTF dispone que la ejecución se llevará a cabo en el juicio competente "observadas las reglas establecidas para la ejecución del juzgado nacional de la misma naturaleza"; esta regla ha sido objeto de controversia en cuanto a su incompatibilidad con la norma constitucional que establece expresamente la competencia de los jueces federales para la ejecución. Como bien ha señalado Jacob Dolinger, no parece admisible que la Constitución sea modificada por el RISTF.

3. Requisitos exigidos

462. El art. 15 LICC establece los requisitos necesarios para que una sentencia extranjera sea ejecutada en Brasil. El RISTF hace lo propio en los arts. 216 y 217, debiendo entenderse que ambas listas coinciden en general y, en todo caso, son complementarias.

El art. 15 LICC establece como requisitos para la ejecución los siguientes: que la sentencia haya sido dictada por juez competente, que las partes hayan sido citadas o que se haya verificado legalmente su rebeldía, que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada y esté revestida de las formalidades necesarias para la ejecución en el Estado de origen, que esté traducida por intérprete autorizado, y que haya sido homologada por el STF.

Por su parte, el art. 216 RISTF exige que la sentencia extranjera no ofenda la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres (Decisión STF, SE 4738, de 24/11/1994, DJ 7/4/1995; SE 4512, de 21/10/1994, DJ 2/12/1994; SE 5093, de 8/2/1996, DJ 13/12/1996), y el 217 que haya sido proferida por juez competente, que las partes hayan sido citadas o que se haya legalmente verificado su rebeldía, que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada y esté revestida de las formalidades necesarias para la ejecución en el Estado de origen, que esté legalizada por el cónsul brasileño en el país de origen y que esté traducida al portugués.

También se denegará la homologación de la sentencia extranjera en los casos de materias reservadas a la competencia absoluta de los jueces brasileños, como el caso de bienes inmuebles (CPC, art. 89; STF, SE 2492, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 14/5/1981; TJRS, AC 590072161, Rel. Des. João Pedro Pires Freire, *Jurisprudencia TJRS* 1994, 1-1/11).

Para la homologación de los laudos arbitrales, téngase en cuenta que Brasil acaba de ratificar finalmente (era el único país latinoamericano de América del Sur que faltaba) la Convención de Nueva York de 1958 (Decreto N° 4311), la cual entró en vigor el 5 de septiembre de 2002 para este país. Esto completa una notable evolución de nuestro país en este sentido, iniciada con la aprobación de la Ley de arbitraje N° 9307/1996. Cabe mencionar que esta última introdujo dos novedades importantes:

la eliminación del llamado doble exequátur (por el cual el laudo extranjero tenía primero que homologarse en el país en que había sido dictado para luego presentarse en Brasil), y la admisión de la citación por vía postal o *affidavit* (art. 39), extremos que han sido saludados por los internacionalistas brasileños (Accioly, Magalhaes, Gaspar, Barral). Cuando corresponda aplicar la Convención de Nueva York, que tiene ámbito espacial de aplicación universal, los requisitos que deberán tenerse en cuenta para la homologación serán los señalados en la Convención y no los previstos en la legislación autónoma brasileña.

III. Paraguay

1. Aspectos generales

463. En el CPC del Paraguay, el tema está abordado en el Título III "De la ejecución de las resoluciones judiciales", Capítulo II que se ocupa "De la ejecución y eficacia de sentencias dictadas por tribunales extranjeros".

El título a nuestro modo de ver debería haber sido "De la eficacia y de la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero", como orden lógico de análisis y también referir sencillamente a las sentencias extranjeras, dado que la naturaleza del órgano extranjero puede ser administrativo-judiciario y sus resoluciones tener fuerza de sentencia o causar ejecutoria. La admisibilidad de las resoluciones con fuerza de sentencia debe ser equiparada al alcance normativo, porque tienen el efecto propio de las sentencias, y no sería ni prudente ni procedente el rechazo de una resolución de esta naturaleza sencillamente por no revestir la nominación de sentencia.

El criterio amplio con que el art. 22 del CC recepciona la aplicación de la legislación extranjera, aplicable de oficio por los jueces y tribunales paraguayos cuando resultaren competentes, demuestra el principio sustentado en torno a los actos normativos, no debería ser diferente con relación a las sentencias y los laudos extranjeros, por cuanto en definitiva, regularmente realizados, constituyen normas para las partes a las cuales deben ajustarse como a la ley misma.

La Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación de 11 de abril de 2002 (GO 26/4/2002 n° 80 bis), regula el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y nacionales en los arts. 44 a 48, dejando a salvo la primacía de los tratados internacionales sobre la materia. Las causales para denegar el reconocimiento son las contempladas en la Ley Modelo de UNCITRAL y se establecen además normas de procedimiento.

2. Requisitos exigidos a las sentencias dictadas en el extranjero

464. El CPC se ocupa de la procedencia de las sentencias dictadas en el extranjero en el art. 532; del texto de la disposición se desprende, en cuanto a la procedencia, que las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiere tratados, serán ejecutables si concurren los siguientes requisitos:

– que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, emane de tribunal competente en el orden internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero;

– que no se halle pendiente ante un tribunal paraguayo una litis con el mismo objeto y entre las mismas partes;

– que la parte condenada, domiciliada en la República, hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se sustanció el proceso;

– que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida *según nuestras leyes*;

– que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público paraguayo;

– que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional;

– que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo.

465. De acuerdo al mismo se establece que tendrán fuerza ejecutoria, en primera hipótesis, conforme a los tratados suscritos en este campo. La segunda, se produce a falta de tratados, y en estos casos establece una serie de requisitos para que pueda prosperar la ejecución, los que analizados no se compadecen con reglas ya hace tiempo aceptadas por el DIPr y por principios consolidados en la República con relación a cuestiones de competencia jurisdiccional y de competencia legislativa.

La disposición condiciona la eficacia y ejecutividad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y recaída en el extranjero, a que haya sido dictada por un tribunal –o juzgado– competente en el orden internacional. Hasta el párrafo anterior la norma es feliz, lo lamentable sobreviene luego, ya que dispone que la sentencia debe ser consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero. La disposición entendida literalmente es francamente incomprensible, estimamos que el legislador, entendiendo que la ley aplicable respecto a los bienes inmuebles es territorial y de que es aplicable la legislación local cuando el bien mueble se encuentra en nuestro país, en razón del principio *lex rei sitae*, confundió en un grado tal las reglas del DIPr que consagró un verdadero absurdo, vulnerando principios de esta materia. En efecto, no existe obstáculo alguno en que por un órgano jurisdiccional extranjero se discutan los efectos o las relaciones de carácter real inmobiliario o mobiliario, tal cual se daría en un juicio de disolución de la comunidad de bienes por ejemplo.

El segundo requisito es igualmente desafortunado, con el agravante de que puede constituir un instrumento peligroso para truncar la aplicabilidad de las sentencias revestidas de todas las solemnidades y respetabilidad de orden material y formal, si no reconocemos debidamente las reglas de DIPr aplicables. La disposición exige que no se halle pendiente ante un tribunal paraguayo una litis con el mismo objeto y entre las mismas partes, lo cual en apariencia pudiera aparecer razonable, pero en este caso lo que corresponde es efectuar una acumulación procesal, supeditando la eficacia de la sentencia al análisis que deberá realizar el propio juez de oficio de su competencia internacional, a fin de determinar finalmente si la sentencia recaída en el extranjero es oponible o eficaz. Lo contrario sería abrir la puerta a acciones artificiosas tendentes a

burlar o evitar la ejecutividad de sentencias legítimas, dictadas por jueces o tribunales internacionalmente competentes, frustrando la expectativa de las partes y terceros interesados.

El CPC incurre en contradicciones con su propia normativa, como es posible apreciar que el art. 224, al referirse a las excepciones admisibles, donde dice: "sólo serán admisibles como previas las siguientes excepciones: d) litispendencia. La acción intentada ante un tribunal extranjero no importa litispendencia". De todo lo cual podría inferirse que la acción intentada en nuestro medio valdría como litispendencia en tanto que a la acción en el extranjero no cabría considerarla como tal, estableciendo una discriminación inaceptable; además, al no ser considerada litispendencia el juicio extranjero puede proseguir y llegar a un fallo enteramente contradictorio en nuestro medio, lo que de haber existido competencia jurisdiccional internacional y haber sido respetada la legislación competente, importa tanto como cerrar las puertas a la regularidad de los actos procesales en detrimento de una posible intervención irregular y aplicación incorrecta de las leyes señaladas o indicadas como competentes.

El siguiente requisito demuestra un localismo hace tiempo superado en esta disciplina, al exigir, el inc. c), que la parte condenada hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se sustanció el proceso, pero refiriéndose a las personas domiciliadas en la República. Es correcto y necesario comprobar que la persona ha sido debidamente citada o, en otros términos, que haya tenido la oportunidad de ejercitar su defensa, pero ello constituye un principio general de admisibilidad de la sentencia recaída en el extranjero y no particular de quienes se encuentren domiciliados en la República. La disposición debió limitarse a exigir el principio de bilateralidad procesal y el de la defensa en juicio. El inc. c) de referencia dice: "que la parte condenada, domiciliada en la República, hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se sustanció el proceso".

En cuanto al inc. d), pareciera poner límites a las instituciones desconocidas, que en principio sólo deben ser rechazadas en cuanto atenten contra las disposiciones de orden público internacional paraguayo, y no las que resultaren contrarias al orden público interno tal cual refiere el inciso siguiente. Estimamos que esta disposición debió ser suprimida y

englobada en lo preceptuado en el inc. e) con la salvedad de que la expresión "orden público interno" debió decir "orden público internacional", porque si bien todas las cuestiones de orden público internacional importan una cuestión de orden público interno, no toda cuestión de orden público importa una cuestión de orden público internacional. Las disposiciones citadas son las siguientes: "d) que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida según nuestras leyes; e) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público interno".

Consideramos aceptable lo establecido en el inc. f) que dice: "que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional".

En cuanto al inc. g) le son aplicables las consideraciones expresadas al referirnos al inc. b), dado que a nuestro modo de ver lo que al juez o tribunal corresponde es verificar si la sentencia extranjera no revela elementos que determinan la propia incompetencia internacional en la cuestión debatida y no necesariamente descalificarla por ser incompatible con otra pronunciada en nuestro país. Esto constituye un localismo feudalista en detrimento de la posibilidad de que el juez o el tribunal extranjero hubiera dictado una sentencia justa y en su calidad de tribunal competente para entender en la cuestión. El inc. g) de referencia dice: "que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo".

3. Juez competente para entender en el reconocimiento de la sentencia extranjera

466. De acuerdo al art. 533 del CC:

> "(...) la ejecución de la sentencia dictada por un tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia de turno que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido, así como los testimonios de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia misma".

4. Recaudos que deben ser adjuntados en la petición

467. Los recaudos exigidos son de acuerdo al mencionado artículo:

– el testimonio de la sentencia o resolución, y en su caso, si fuere en idioma extranjero, la traducción;

– la legalización del documento vía consular;

– acreditación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada.

El juez deberá comprobar si se encuentran reunidos los requisitos legales exigidos, o si se hubiese señalado el lugar en que se encontraren, por cuanto es el principio en materia de demanda, y además la solución cuando no se dispusiere el documento pero se invoca la sentencia solicitando su aplicación o la consideración de sus efectos. El hecho de que no se hayan acompañado los recaudos no debe enervar la posibilidad de que sean adjuntados posteriormente, debiendo el juzgado indicar el impedimento para ser subsanado, por el principio de amplitud que debe regir para el ejercicio de los derechos ante el órgano jurisdiccional.

5. Substanciación de la petición

468. El art. 534 del CPC, bajo la denominación exequátur, indica que:

> "(...) antes de resolver, el juez correrá traslado a la persona condenada en el fallo, por el plazo de seis días, debiendo notificársele por cédula, y al Ministerio Fiscal, por igual plazo. En caso de oposición, se aplicarán las normas de los incidentes. Si se dispusiere la ejecución solicitada, ésta se tramitará conforme a las disposiciones del Capítulo I de este Título".

En la aplicación de esta disposición, el juez debe:

– adoptar las medidas necesarias para evitar la frustración del cumplimiento de la sentencia o resolución;

– analizar la naturaleza de la cuestión y el efecto de la sentencia, para prevenir las consecuencias que podrían derivar en frustración de la sentencia y adoptar las medidas preventivas que la situación requiera, antes de la notificación a la parte afectada;

– evitar la ordinarización de la cuestión o la reapertura de procesos ya finiquitados con intervención de la parte afectada;

– adoptar todas las medidas necesarias tendentes a evitar la frustración de la sentencia;

– verificar la existencia de convenios o tratados internacionales, por cuanto en este caso tienen aplicación prevalente sobre las disposiciones del Código. Esta prevención debe ser acentuada cuando el requerimiento de cumplimiento proviene de exhortos o cartas rogatorias emanadas de órganos jurisdiccionales del exterior que implícitamente importa un pedido de colaboración y cooperación jurídica internacional.

469. Lo dispuesto en el art. 537, respecto de las "Medidas cautelares", al indicar que "los jueces paraguayos darán cumplimiento a las medidas cautelares que les fueren solicitadas por jueces extranjeros, siempre que tales medidas fueren procedentes conforme al derecho paraguayo y el peticionante diere contracautela en los términos del art. 693, inc. c)", no debe ser entendido como limitación a las medidas que el juzgado, bajo medidas de mejor proveer, pudiera dictar a fin de facilitar el cumplimiento de las sentencias.

Es importante señalar que la notificación a la parte afectada no debe importar la reapertura del juicio, sino la oportunidad de verificar los recaudos y la autenticidad de la documentación, arrimar documentos de defensa que hayan modificado o puedan enervar los efectos de la sentencia cuyo cumplimiento se solicita, o si fuere el caso demostrar que ya se ha cumplido con la condena total o parcialmente, que permitan por medio de una apreciación objetiva del juez, determinar la viabilidad del pedido o el rechazo de la excepción planteada.

6. Eficacia de la sentencia extranjera

470. La Constitución nacional demuestra que el principio jurídico fundamental del ordenamiento jurídico nacional apunta a una amplia colaboración y cooperación internacional. La manifestación más clara de esta cooperación se da precisamente en facilitar el cumplimiento de los actos realizados en el extranjero y no necesariamente restringiéndolos por medio de interpretaciones restrictivas.

El Código utiliza expresiones que contrarían los principios reconocidos en la Constitución; la propia terminología y el modo en que ha sido legislado el cumplimiento de la sentencia en el CPC, lo demuestra, por lo que los jueces y tribunales deben extremar la prudencia en la aplicación de sus normas para no entrar en contradicción con nuestro sistema jurídico.

El art. 535 al referirse a la "Eficacia de la sentencia extranjera", demuestra el criterio restrictivo y contrario a la Constitución, al decir: "cuando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos del art. 532", cuyo comentario ya hemos efectuado, salvo la aplicación de tratados y convenciones internacionales. De todas formas es posible advertir que la deficiencia legislativa no inhibe el cumplimiento de sentencias extranjeras ante el orden jurídico paraguayo.

IV. Uruguay

1. Estructura del sistema

471. Tradicionalmente en Uruguay se han reconocido los efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros, a través de distintos sistemas que han ido evolucionando a lo largo del tiempo. En general se ha recogido la distinción entre reconocimiento y ejecución del fallo extranjero, la cual se traduce en una diferente exigencia, al menos en la tramitación, según se pretenda uno u otra. El primer texto referido al tema fue el viejo Código de Procedimiento Civil de 1878 (vigente hasta 1989), que en los arts. 511 y siguientes se ocupaba de la ejecución de la sentencia extranjera. Desde 1989, fecha de la entrada en vigencia del nuevo Código General del Proceso, el sistema vigente es el previsto en su Título X, Capítulo IV, arts. 537 a 543. Dichas normas tienen cierta similitud con la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979, la cual sirvió de fuente a los codificadores nacionales (Opertti y Tellechea); no obstante, se observan algunas diferencias importantes, como lo es, sin duda, el tema de la jurisdicción indirecta. El CGP resulta aplicable en aquellos casos en que el fallo provenga de un país al cual no nos vincula tratado algu-

no; si proviene de un país con el que tenemos Convención vigente, debe aplicarse ésta (arts. 13 y 524 del CGP).

El art. 537.1 establece el ámbito de aplicación del respectivo capítulo, disponiendo que sus normas se apliquen a las sentencias extranjeras en materia civil, comercial, de familia, laboral y contencioso administrativo; comprende también las sentencias dictadas en tales materias por tribunales internacionales, así como las sentencias recaídas en materia penal en cuanto a sus efectos civiles. El art. 537.2 refiere al tema de la calificación de la sentencia, expresando que su naturaleza jurisdiccional y la materia sobre la que hubiere recaído, se resolverán por los tribunales del Estado de origen del fallo y según su propia ley. En cuanto a los efectos de la sentencia, recoge la clasificación tradicional entre lo que denomina efectos imperativos y probatorios por un lado (o sea la eficacia imperativa de las sentencias declarativas o constitutivas), y la fuerza ejecutoria por otro (o sea la eficacia imperativa de las sentencias de condena), distinción ésta que luego determinará el régimen procesal en cada caso.

El art. 538.2 consagra un principio importante, que si bien con anterioridad ya era admitido doctrinaria y jurisprudencialmente, ahora posee clara consagración positiva: la imposibilidad de revisión sobre el fondo del asunto, lo cual no impide la necesaria confrontación con el orden público internacional del Estado receptor, que está expresamente prevista. El art. 539 determina los requisitos necesarios para la eficacia de la sentencia extranjera; son los mismos, cualquiera sea el tipo de eficacia pretendido. Los arts. 540 y 541 regulan el procedimiento y el art. 542 reconoce la eficacia extraterritorial de los actos de jurisdicción voluntaria, siempre que reúnan los requisitos exigidos por el art. 539, en lo que fuere pertinente. El art. 543 hace extensible la aplicación de las normas precitadas a los laudos dictados por tribunales arbitrales extranjeros, en todo lo que fuere pertinente.

2. Procedimiento para el reconocimiento

472. La ley que regula los procedimientos para asegurar la eficacia de las sentencias extranjeras es la del Estado en el que se solicita su cumplimiento, en la especie, los arts. 540 y 541 del CGP, los cuales parten de

la distinción tradicional entre reconocimiento y ejecución de sentencias. El art. 540 prevé el procedimiento para hacer valer lo que se denomina efectos imperativos y probatorios de una sentencia, o sea su reconocimiento (eficacia imperativa de una sentencia declarativa o constitutiva). En este caso el procedimiento es muy simple, ya que debe presentarse la sentencia ante el Juzgado de instancia acompañada de la documentación pertinente; el juez, previa comprobación, con audiencia del Ministerio Público, de que la sentencia cumple los requisitos exigidos, se pronuncia con relación al efecto pretendido. Según la más autorizada doctrina, este procedimiento corresponde solamente en caso de que sea contestada o controvertida la eficacia o el reconocimiento de esa sentencia. Cuando se pretende reconocimiento de una sentencia extranjera fuera del proceso y no existe controversia o contestación, la evaluación de los requisitos se realiza simplemente a nivel administrativo, o, inclusive, notarial. Aunque nada impediría, aun en esos casos, si el interesado lo desea, que ponga en funcionamiento el mecanismo del art. 540 del CGP obteniendo así un reconocimiento judicial.

El tema suscitó algunas dificultades de interpretación apenas entrado en vigencia el CGP, lo que dio lugar a dos reuniones conjuntas de los Institutos de Derecho Procesal y de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en las que se arribó a algunas conclusiones al respecto y que fueron luego recogidas en una Resolución del Ministerio de Educación y Cultura –de quien depende el Registro de Estado Civil–, de 19/2/1992, disponiendo que, fuera de juicio, para la justificación de la disolución de un matrimonio anterior con el fin de contraer nuevas nupcias, la sentencia debe presentarse directamente ante las autoridades del Registro Civil, que comprobarán y declararán si reúne los requisitos exigidos por el art. 539 del CGP. Posteriormente, el 26 de noviembre de 1996, por Decreto 454/1996 (*DO*, del 4/12/1996) se establece: "las sentencias extranjeras constitutivas o modificativas de un estado civil que se invoque ante la Dirección del Registro de Estado Civil con finalidad registral o probatoria, serán controladas en el cumplimiento de los requisitos del art. 539 del CGP, por la Dirección del mencionado Registro" (art. 1), agregando que dicha Dirección "anotará al margen los fallos extranjeros en las actas del estado civil que sean modificadas por dichas sentencias" (art. 2).

473. El art. 541 prevé el procedimiento para el caso de que se pretenda ejecutar una sentencia de condena (en realidad la sentencia de condena es la única que, en sentido estricto, puede ejecutarse), en cuyo caso las exigencias procedimentales son mucho mayores. Se establece un procedimiento de exequátur, que se realiza ante la Suprema Corte de Justicia, con un emplazamiento y traslado necesario por un plazo de veinte días a la parte contra la que se solicita la ejecución, quien lógicamente puede oponerse, aunque no puede volver a discutir el mérito del asunto. Luego se deberá oír al Fiscal de Corte, y finalmente la SCJ dictará resolución final, contra la que no cabrá recurso alguno. La resolución puede admitir la ejecución, en cuyo caso el expediente se remite al juzgado de instancia para que proceda en consecuencia, o rechazar la misma.

3. Requisitos exigidos

474. El CGP establece exigencias formales para la eficacia del fallo extranjero, como la legalización y traducción en su caso, tanto del fallo como de los documentos anexos. Se exime de legalización en caso de que la solicitud de eficacia internacional del fallo haya sido solicitada por exhorto trasmitido por vía diplomática o consular o por la Autoridad Central (art. 539.1. 1) al 3)). Estas exigencias no plantean diferencias con las exigencias formales de cualquier exhorto. Con respecto a los requisitos documentales, el art. 539.2 establece cuáles son los documentos indispensables para solicitar la ejecución. Básicamente, se debe presentar no sólo copia auténtica de la sentencia, sino también de las piezas necesarias para acreditar que se han cumplido las garantías del debido proceso (emplazamiento del demandado y posibilidad de defensa de éste), y constancia de que la sentencia cuya eficacia se pretende ha pasado en autoridad de cosa juzgada. En cuanto a la copia de la sentencia, cabe hacer notar que cuando se pretende la eficacia de la sentencia final, que en ciertos aspectos –aunque a veces no en todos– confirma decisiones anteriores, resulta conveniente, desde el punto de vista práctico, incorporar todas las decisiones, para una correcta interpretación del fallo por el juez requerido.

En lo referente a la acreditación de los elementos atinentes a las garantías del debido proceso (emplazamiento correcto y posibilidad de de-

fensa), en general surgen de la primera parte del expediente judicial: constancia de notificación o emplazamiento a domicilio, o por edictos, transcurso del plazo, presentación efectiva del demandado con el debido patrocinio legal (contestando, solicitando prueba, etc.) o declaración de rebeldía, eventualmente nombramiento de defensor de oficio, etc. A los efectos de acreditar estos extremos es necesario fotocopiar las piezas del expediente pertinentes; inclusive puede resultar oportuno acompañar el texto de las normas que regulan cada situación: por ejemplo los plazos para comparecer, la declaración de rebeldía o el nombramiento de defensor, etcétera.

En lo concerniente a la constancia de que la sentencia cuya eficacia extraterritorial se pretende está firme, o ha pasado en autoridad de cosa juzgada, es necesario también acreditarlo, ya sea con la certificación del tribunal del cual el fallo proviene, o bien acompañando el texto legal respectivo, por ejemplo el relativo a los plazos para interponer recursos con la constancia de que no fueron interpuestos, o el referente a la no existencia de recursos ulteriores. En relación con este requisito se plantean a menudo problemas con las sentencias provenientes de los sistemas de derecho consuetudinario (Estados Unidos, por ejemplo) porque los tribunales de esos países no suelen acreditar documentalmente estas cuestiones. En opinión de Vescovi y siempre en base al principio de facilitar la circulación internacional de los fallos, lo más importante es que dicha circulación no se vea afectada por la diferente concepción de ambos sistemas, por lo que debe aceptarse un criterio amplio para acreditar dicho extremo, incluso, por ejemplo, a través de la opinión concreta y escrita de un abogado del país emisor del fallo. De otro modo, por cuestiones meramente formales o documentales, que no hacen a la esencia de la cuestión, se trabaría la circulación internacional de los fallos entre sistemas jurídicos diferentes. En definitiva, a efectos de acreditar todos los extremos exigidos, salvo el caso de expedientes realmente voluminosos, es recomendable acompañar fotocopia testimoniada de todas las actuaciones.

475. Los requisitos sustanciales o procesales son los cuatro clásicos: a) la competencia internacional del juez que dictó el fallo; b) el cumplimiento de las garantías del debido proceso; c) que la sentencia cuya efi-

cacia se pretende tenga el carácter de ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada; y d) que no contraríe manifiestamente el orden público internacional del Estado receptor. Pero existe una importantísima diferencia en lo que respecta a la evaluación de la competencia internacional del juez que dictó el fallo: las normas supranacionales (Convención de CIDIP, Protocolo de Las Leñas y Convenio bilateral con Brasil) confían la evaluación de dicha competencia a la ley del Estado en el cual la sentencia va a surtir efectos. En cambio la solución de nuestro DIPr nacional (CGP) regula la cuestión de la competencia por la ley del Estado emisor del fallo, salvo la jurisdicción exclusiva de nuestros tribunales. La solución es de amplia receptividad frente al fallo extranjero; lo que resulta en cierto modo extraño –y en algunos casos inconveniente–, es que nuestro sistema resulta más permeable al ingreso de un fallo que proviene de un país de fuera de la región –caso en el que se aplica el CGP– que al ingreso de un fallo que proviene de un país de la región –con los que nos vincula la Convención–, que en este sentido adoptó una solución de corte mucho más territorialista.

El concepto de jurisdicción exclusiva no formaba parte –hasta el CGP– de nuestro derecho positivo; tampoco había sido muy trabajado por la doctrina nacional. Sí lo había sido por la doctrina extranjera. Goldschmidt distinguía la jurisdicción concurrente de la jurisdicción exclusiva; en la primera podían ser competentes varios foros, era lo normal. En cambio, excepcionalmente, había casos en que la ley reservaba ciertos asuntos a la jurisdicción exclusiva de los foros argentinos, y ponía como ejemplo los procesos matrimoniales de existencia, nulidad, separación y divorcio para los tribunales del domicilio conyugal. La jurisdicción exclusiva pues, según su concepción, se daba cuando existía una jurisdicción única, pero a pesar de que aclara que no se trata de una diferencia simplemente cuantitativa con la concurrente, no completa una definición conceptual de jurisdicción exclusiva que nos sea útil para saber en qué casos nos encontramos frente a ella. Por su parte Boggiano se limita a mencionar algún ejemplo: tal el caso del art. 614.2 de la Ley N° 20.094, relativo a las controversias sobre contratos de fletamento total o parcial de transporte de carga en los que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino y éste sea Argentina, sosteniendo que en ese caso sería también nula cualquier cláusula de prórro-

ga. Más allá de este y otros ejemplos tampoco aporta demasiados elementos para saber en qué casos estamos frente a hipótesis de jurisdicción exclusiva.

En cuanto a la doctrina nacional, Opertti se afilia a la distinción entre jurisdicciones concurrentes y jurisdicción exclusiva. Pone como ejemplo de la primera el caso del art. 56 de los Tratados (competencia del juez cuya ley resulte aplicable o del juez del domicilio del demandado); como ejemplo de la segunda indica el caso de las acciones reales y mixtas que deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre la que la acción recaiga (arts. 67 y 64 de los Tratados de Montevideo, de 1889 y de 1940, respectivamente). La fuente más directa del concepto de jurisdicción exclusiva incluido en el art. 539.4 del CGP parece ser el art. 4 de la Convención interamericana sobre la competencia en la esfera internacional para la eficacia de las sentencias extranjeras (aún no ratificada por Uruguay ni por ningún Estado mercosureño), el cual justamente habilita expresamente al Estado receptor a denegar la eficacia si el juez que dictó el fallo lo hizo invadiendo su competencia exclusiva. Comentando esta disposición, señala con acierto Solari que la invocación abusiva de esta excepción puede transformarse en el instrumento idóneo para frenar la circulación internacional de las sentencias en la región, resquebrajando la cooperación judicial que se pretende consolidar. Expresa que se hace necesario circunscribir la denominada competencia exclusiva a sus justos límites; y que la propia Convención reconoce dos casos de competencia exclusiva: en materia de acciones reales sobre bienes inmuebles y en materia de acciones derivadas de contratos mercantiles internacionales en los que exista pacto atributivo de jurisdicción válido.

Agrega Solari que el tema de la mayor o menor amplitud del concepto de jurisdicción exclusiva se relaciona con la concepción que sobre la naturaleza de las normas de competencia judicial internacional tenga el Estado requerido: mayor será la amplitud de este concepto en los sistemas nacionales en los que predomine una concepción publicista de la función jurisdiccional en la cual las normas de competencia judicial internacional tienen una naturaleza imperativa; y menor será esa amplitud en los sistemas "privatistas" en los que la función jurisdiccional atiende primordialmente al interés privado y las normas reguladoras de la com-

petencia internacional tienen naturaleza dispositiva. Finalmente, en su opinión la situación más ponderada se encontrará en aquellos sistemas que apartándose de las soluciones radicales buscan coordinar adecuadamente en sus normas de competencia judicial internacional los intereses públicos y privados. El sistema uruguayo tiende a ubicarse entre los intermedios, pues si bien puede predominar una concepción publicista de la función jurisdiccional y las normas en su mayoría tienen una tendencia imperativa –que está ciertamente en retroceso– nuestro sistema nunca fue unilateral, y tampoco cerrado, ya que las soluciones consagradas en materia de jurisdicción en general han sido y son perfectamente razonables.

Solari concluyó, en ocasión de la CIDIP III, que "puede inferirse como interpretación auténtica del texto aprobado que los participantes en la CIDIP III entendieron por competencia exclusiva aquella jurisdicción única basada en consideraciones de orden público". Pero en realidad, por el momento, es un concepto reservado a la interpretación doctrinal y jurisprudencial. De todas maneras, los antecedentes normativos extranjeros, y las opiniones y ejemplos de la doctrina extranjera y nacional, nos pueden ayudar a ir delineando el concepto, y concretando los casos en los que podemos concluir que estamos frente a temas que son "jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios". Así, parecería que no puede existir discusión en torno a ciertos casos que evidentemente son de jurisdicción exclusiva, como las acciones en las que se discuta sobre derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles situados en nuestro país, o las que refieran a la validez –y eventualmente efectos– de las inscripciones efectuadas en nuestros registros públicos. Por lo demás, será necesario ir tomando posición frente a cada caso concreto.

476. Bajo el título "cumplimiento de las garantías del debido proceso" deben agruparse todos los requisitos atinentes a la regularidad del proceso: regularidad de la notificación y emplazamiento del demandado y que se haya asegurado la "debida defensa" de las partes. El art. 539.5 establece que el demandado debe haber sido notificado o emplazado "en legal forma de acuerdo con las normas del Estado de donde proviene el fallo". En realidad todos los Estados poseen requisitos similares en materia de citación y emplazamiento, que tienden a asegurar el conocimiento por parte del demandado del contenido de la demanda y un plazo ra-

zonable para deducir su defensa. Cabe aclarar también que las normas vigentes no exigen que el demandado se haya efectivamente presentado a deducir defensas y contestar la demanda; basta que haya sido debidamente citado; y si no compareció en tiempo, que haya sido debidamente declarado rebelde, y, eventualmente, habiéndose seguido el pleito con defensor de oficio si ello corresponde de acuerdo a la ley del lugar del proceso. Se trata pues de que haya tenido la oportunidad de presentarse y no de que se haya presentado efectivamente.

Expresa Tellechea al respecto, yendo, en opinión de Vescovi, un poco más lejos que la propia exigencia legal, que este requisito es una cuestión a ser examinada con la debida atención en los casos de juicios en rebeldía, en los que las garantías, en su esencia, no podrán ser inferiores a las aseguradas por nuestra normativa, cuando de lo contrario se vulnerarían principios que hacen a nuestro orden público internacional procesal. En cuanto a la debida defensa de las partes, debemos decir que aquel contra quien se pretende hacer valer el fallo debe haber tenido no sólo la oportunidad de contestar, sino también la de producir prueba, entablar recursos, etc., todo conforme a la ley del lugar del proceso. En suma, que haya tenido lugar un proceso justo, con todas las garantías de imparcialidad, bilateralidad e igualdad. Sostiene Tellechea que para considerar como adecuadamente cumplido el requisito se debe constatar que la forma de notificación extranjera haya permitido que la parte tenga un conocimiento adecuado y en tiempo del juicio iniciado. Señala que el principio es que nadie puede ser juzgado sin previa y razonable notificación del juicio.

477. El art. 539.1.7 exige que la sentencia que se quiere hacer valer tenga el carácter de ejecutoriada o fuerza de cosa juzgada en el Estado de origen del fallo. El problema surge frente a los países cuya legislación admite que algunas sentencias, en ciertas condiciones, sean ejecutadas aunque todavía no hayan pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ejemplo en Uruguay existe un régimen de ejecución provisional de las sentencias (art. 260 del CGP) en el que el actor, prestando garantía, puede pedir la ejecución aun de una sentencia de primera instancia; y se da también el caso de sentencias de segunda instancia que pueden ser ejecutadas aunque no hayan pasado en autoridad de cosa juzgada porque está pendien-

te un recurso de casación, cuya interposición no tiene efecto suspensivo. Se trata de una circunstancia no contemplada expresamente, y ciertamente opinable. Si se siguiera el principio de que lo que es ejecutable en origen es también ejecutable en el extranjero, la eficacia podría prosperar; pero si se atiende a la letra estricta de las normas vigentes, éstas exigen que la sentencia, para ser eficaz en el extranjero, haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Otro problema que suele suscitarse respecto a este requisito es con los países de derecho consuetudinario, ya que el requisito de la cosa juzgada debe acreditarse expresamente, y las sentencias provenientes de estos países y la documentación que las acompaña no suelen acreditar tal circunstancia. En nuestra opinión, este requisito se puede acreditar mediante cualquier medio de prueba.

478. El art. 539.1.8 exige que la sentencia extranjera no contraríe manifiestamente el orden público internacional del Estado receptor. Se trata de una circunstancia absolutamente excepcional; podría darse frente a una sentencia que, por ejemplo, se funde en una norma discriminatoria en razón de raza, religión u opinión política; o que se pretenda hacer valer los efectos civiles de una sentencia penal dictada en razón de una conducta que en el país receptor no es punible. En suma, se trataría de casos excepcionalísimos en los que, realmente, exista una ofensa grave, concreta y manifiesta a principios y normas básicas del orden jurídico receptor. No basta pues una simple diferencia de legislación, como puede ser, por ejemplo, un plazo diferente de prescripción, o una regulación diferente del tema de la valoración de la prueba, o el carácter o monto de la indemnización, etcétera.

479. El CGP no establece, en general, más requisitos que los mencionados; se plantean sin embargo importantes problemas con otros requisitos sobre los que la doctrina posee opiniones a veces divergentes. El primero de estos requisitos "ausentes" en el CGP es el de la inexistencia de cosa juzgada o litispendencia en el Estado receptor del fallo. Generalmente existe más de un Estado cuyos jueces pueden resultar competentes, es decir, hay foros concurrentes; excepcionalmente hay foros exclusivos. Para una acción personal, por ejemplo, tomando en cuenta nuestra legislación, pueden resultar competentes los jueces del Estado

cuya ley resulta aplicable al fondo del asunto y también los jueces del domicilio del demandado. Por ello es posible que se inicien juicios en más de un Estado a consecuencia de un mismo asunto. Estas situaciones, que cada vez suelen darse con más frecuencia, en parte porque la legislación moderna tiende hacia la multiplicidad de foros competentes, dan lugar a arduos problemas desde el punto de vista del derecho procesal internacional: la cosa juzgada, la litispendencia internacional y la prevención. Muchos de ellos podrían evitarse poniendo en funcionamiento el instituto de la acumulación internacional. Quizás la posibilidad de acumulación internacional deba quedar reservada a hipótesis en las que haya no sólo identidad de causa, sino también y además identidad de partes, aunque la que es actora en un juicio sea demandada en el otro. Quizás haya también que agregar a la regulación de los foros concurrentes, otra de foros preferentes, según sean los casos, para evitar en lo posible el tema de la prevención, cuya consagración en el ámbito internacional pensamos que puede llevar a situaciones inconvenientes.

Cabe preguntarse entonces qué se debe hacer cuando se pretende la eficacia de una sentencia extranjera que cumple con todos los requisitos, pero resulta que en el Estado receptor existe otro fallo anterior ejecutoriado sobre el mismo tema –incompatible con el fallo foráneo– (cosa juzgada); o bien existe un juicio pendiente sobre la misma causa, entre las mismas partes (litispendencia). En ausencia de norma expresa, Alfonsín sostenía que una sentencia extranjera no debería ser ejecutada si interfiere con una sentencia local sobre el mismo caso; agregaba que para establecer la identidad del caso se debían usar los mismos principios que para establecer las excepciones de litispendencia y cosa juzgada. Aclaraba luego que si en el Estado receptor no había cosa juzgada, sino un juicio aún en trámite sobre el mismo asunto (hipótesis de litispendencia), no se debía rechazar la ejecución, sino que en tal caso habría que dar preferencia a la judicatura que previno. Opertti concuerda con la posición de que si en el Estado requerido existe una sentencia que ha resuelto el asunto, no parece lógico reconocer una sentencia extranjera sobre el mismo litigio. Y pone el acento en un matiz muy importante: hay tratados que exigen, para justificar la negativa a reconocer el efecto de la sentencia extranjera, que haya cosa juzgada en el Estado receptor, lo cual implica la triple identidad (partes, objeto, causa); en cambio otros

tratados admiten la negativa al reconocimiento cuando la sentencia extranjera es inconciliable con la sentencia nacional anterior. Y señala luego la necesidad de determinar algún criterio para establecer la inconciliabilidad, por ejemplo la obtención de resultados antagónicos a juicio del tribunal requerido.

En cuanto a la litispendencia, Opertti comparte, aunque con dudas, la posición de Alfonsín, por el principio *prior in tempore potior in iure*, en el sentido de que tiene prevalencia el proceso iniciado con anterioridad: si fue el extranjero, habrá que otorgar eficacia al fallo; si fue el nacional, habrá que negarla, y esperar la decisión del juez nacional. En este mismo sentido se inclina Tellechea. Para Vescovi, si existe en el Estado receptor cosa juzgada sobre un determinado asunto, debe rechazarse la eficacia de una sentencia extranjera sobre el mismo asunto. Ahora bien, si no se dan los requisitos para la cosa juzgada, pero la sentencia extranjera (su eficacia imperativa, su fundamentación, su fallo) resulta incompatible con una sentencia ejecutoriada local, también debería negarse la eficacia; sólo que para ello debería tratarse de una incompatibilidad total y absoluta. Todo se reduce a establecer el criterio de la inconciliabilidad –cuestión que Opertti señalaba como una necesidad primordial–. La situación, entonces, deberá ser resuelta en cada caso concreto; y aguardar el auxilio de algún criterio legal en tal sentido para tener pautas o guías que otorguen una mayor certidumbre.

Debemos señalar finalmente que pueden existir otros factores que incidan de modo decisivo en la solución de los casos concretos, como por ejemplo, la circunstancia de que, en cualquiera de los juicios –el nacional o el extranjero– se haya opuesto y resuelto en forma positiva o negativa una excepción de cosa juzgada o de litispendencia. En cuanto a esta última no parece, por el momento, haber una mejor solución que estar a la prevención, reiterándose la conveniencia, sin perjuicio de la multiplicidad de foros, de legislar en ciertos casos sobre foros preferentes; y complementar con el instituto de la acumulación internacional.

480. Con respecto a la improcedencia del control del contenido del fallo (y sobre la ley aplicada), algunas posiciones tradicionales entendían que el juez receptor debía controlar el contenido del fallo, una especie de control de compatibilidad con las disposiciones nacionales, incluso que

había que controlar que, conforme al orden jurídico receptor, el juez hubiera aplicado la ley que correspondía. En este último sentido se inclinaba Vargas Guillemette, quien defendió la tesis de la necesidad de incorporar el requisito de la ley aplicable, entre los exigidos para la eficacia del fallo extranjero, en las discusiones que culminaron con la aprobación del TMDProcI de 1940. Pero la opinión mayoritaria del Segundo Congreso de Montevideo se inclinó por la negativa, por el temor de que, si se introducía ese requisito, se estaría implantando un sistema de revisión de las sentencias extranjeras que frustraría la adecuada circulación de los fallos. Opertti, siguiendo la línea de la doctrina uruguaya, a la que asimismo adhiere Solari, también entiende que sería conveniente incorporar el requisito del examen de la ley aplicable. No se trata de un análisis de la corrección del fallo, sino simplemente de comprobar si el juez que lo dictó, aplicó para la resolución del caso la norma del país que debía aplicar. Sin embargo, en la práctica, ello se puede trasformar en una revisión de la sentencia. Además, parecería que no es razonable que el Estado receptor le quiera imponer al Estado emisor del fallo sus propias normas de conflicto en materia de ley aplicable. Solamente podría considerarse razonable la admisión de este requisito en caso de que existiera tratado entre ambos países –precisamente sobre la ley aplicable a la categoría involucrada en la sentencia– y el tratado fuera totalmente desconocido.

Más allá de la opinión doctrinal –o de *lege ferenda*– que se tenga sobre el punto, lo cierto y real es que ninguno de los sistemas de derecho positivo uruguayo –de fuente nacional y extranacional– incluye este requisito entre las exigencias para la aceptación de la eficacia de la sentencia extranjera. Por lo que pensamos que no debe exigirse, o sea que el control sobre la ley aplicada no debe llevarse a cabo. Más aún, la norma del art. 538.2 del CGP aclara que no procede la revisión sobre el fondo del asunto. Lo expresado a este respecto es sin perjuicio del control referente al orden público internacional, al que ya nos referimos.

Bibliografía complementaria

ACCIOLY, E., "A homologação de sentenças e de laudos arbitrais estrangeiros no Brasil e no MERCOSUL", en *Direito da integração. Estudos em homenagem a*

Werter R. Faria, Curitiba, Juruá, 2001, pp. 297-327; ALFONSÍN, Q., "La ejecución extranacional de las sentencias en materia civil y comercial", *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 26, 1951, n. 154, pp. 195-223 y n. 155, pp. 259-281; BAPTISTA, L.O., "Observações práticas sobre a homologação de sentenças e de laudos arbitrais estrangeiros no Brasil", *Revista Forense*, N° 276, 311; CÓRDOBA, S., "Reflexiones sobre la jurisdicción voluntaria en el derecho internacional privado", *RUDIP*, 1999, pp. 53-61; GRECO FILHO, V., *Homologação de sentença estrangeira*, San Pablo, Saraiva, 1978; MAGALHAES, J.C. "Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros", en *A arbitragem na era da globalização*, Río de Janeiro, Forense, 1997; SOLARI, M., *Pactos procesales de La Paz*, Montevideo, FCU, 1986; TELLECHEA, E., "Libro II, Título X del Código General del Proceso, Normas Procesales Internacionales. Una nueva regulación del derecho internacional privado procesal de la República", *RUDProc*, N° 4, 1988, pp. 528-550; UBALDO, E.N., "Sentencias arbitrales extranjeras: su eficacia y ejecución en el Brasil", en RUIZ DÍAZ LABRANO, R., *MERCOSUR - Unión Europea*, Asunción, Intercontinental / ECSA-AL, 2001, pp. 213-222; VESCOVI, E., "Efectos de las sentencias extranjeras y de los laudos arbitrales", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1995, pp. 201 ss.; WEINBERG DE ROCA, I., *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

Parte especial

Sección I
Los sujetos del derecho internacional privado

Capítulo 13

Personas físicas

Diego P. Fernández Arroyo*

I. Derecho aplicable a las personas físicas

1. Domicilio *vs.* nacionalidad como discusión tradicional en la materia

A) Argumentos histórico-políticos

481. La explicación del derecho aplicable a las personas físicas ha estado desde hace ya muchos años íntimamente ligada a la adopción, por parte de los legisladores de los distintos Estados, del domicilio o la nacionalidad como punto de conexión básico o dominante en la materia. Cuando hace casi un siglo y medio Pasquale Mancini proponía que la construcción del sistema tomara como base el principio de la nacionalidad, era plenamente consciente de la trascendencia política de tal postulado. Su propuesta nada tenía que ver con una mera elección de técnica legislativa y su alcance debe analizarse en el contexto histórico de la unificación de Italia (Ancel). Situado en el ámbito concreto del DIPr, la elección en un país del punto de conexión nacionalidad para determinar el derecho aplicable a todo lo que directamente concierne a la persona física (capacidad, estado, relaciones de familia) tiene un efecto notable: provoca que las autoridades de ese país deban aplicar el derecho nacional aunque la persona esté en el extranjero. El *Código Napoleón* ya lo disponía así en el art. 3, aunque expresándolo según una fórmula unilateral que somete a los franceses a la ley francesa. La aplicación de la ley de la nacionalidad, entonces, "acompaña" al nacional emigrante donde quiera que vaya.

---

* En colaboración con Carlos Bertosi.

Tiene por tanto mucho sentido y una comprensible explicación política y práctica que el criterio de la nacionalidad haya triunfado en los países de Europa continental (los países tributarios del *common law* han seguido tradicionalmente el criterio del *domicile*, que se corresponde un poco más con lo que nosotros conocemos como domicilio de origen que con nuestra idea de domicilio a secas) en las codificaciones del siglo XIX y de buena parte del siglo XX, siendo como eran estos países, países de emigración. Así, entre otras cosas, un porcentaje muy elevado de los casos de DIPr que potencialmente podían plantearse en países como España, Italia y Portugal, estaban vinculados con la presencia de nacionales de esos países en el extranjero, particularmente en países latinoamericanos. Luego, la vigencia del criterio de la nacionalidad "protegía" a esos emigrantes, garantizándoles la aplicación de su derecho propio, al menos cuando los casos se sustanciaran en sus países de origen. Por ejemplo, desde que una inexorable ley vital o la fatalidad hacía que esos emigrantes muchas veces fallecieran en los países de acogida, el planteamiento del juicio sucesorio en el país de origen llevaba (y sigue llevando) aparejada la aplicación de la ley de este Estado. Esto implicaba que si un número elevado o significativo de casos que eventualmente se podían plantear en un país estaban relacionados con la presencia de nacionales de ese país en otros Estados, la adopción del punto de conexión nacionalidad no sólo servía para "proteger" a los propios súbditos (factor político), sino que además aumentaba proporcionalmente las posibilidades de aplicación de la *lex fori*, lo que en general resulta más cómodo a las autoridades judiciales y administrativas que deben enfrentarse con casos internacionales (factor práctico). Otra circunstancia de indudable alcance práctico es que la nacionalidad, al menos en principio, es más difícil de cambiar que el domicilio, es decir, tiene una mayor estabilidad. Esas personas que habían emigrado cambiaban obviamente su domicilio pero, hasta que no reunieran una serie de requisitos legales, no pasara cierto tiempo y, sobre todo, no manifestaran su voluntad en tal sentido, no adquirían la nacionalidad del Estado de acogida.

Desde la perspectiva de algunos países de inmigración –como los del Río de la Plata–, la cuestión se planteaba exactamente al revés: muchos de los casos heterogéneos (vinculados a distintos ordenamientos jurídicos) que se podían suscitar tenían su base sociológica en la masiva presencia de extranjeros. De ahí que la opción territorialista del domicilio

se acomodara mejor a la realidad americana y tuviera una significativa acogida entre los países de América del Sur, desde muy temprano, en Argentina, Paraguay y Uruguay, y desde 1942 –como se verá más abajo– en Brasil. Dentro del subcontinente, Venezuela terminó finalmente por plegarse a la tendencia general en su Ley de DIPr de 1998. Si a la sucesión de cada uno de los mismos inmigrantes que mencionábamos antes se le aplicaba la ley del último domicilio de ellos (en lugar de la ley de la última nacionalidad), por hipótesis, todas quedaban sometidas a las leyes de los países de acogida. La aplicación de la propia ley significaba, además, una reafirmación soberana en Estados que aún tenían una vida independiente muy corta.

El tema nos permite ver la trascendencia que puede alcanzar algo que en apariencia puede resultar tan irrelevante como la determinación del punto de conexión para gobernar todas las cuestiones que tienen referencia con la vida civil de las personas físicas. La supuesta neutralidad de las normas indirectas, no es tal no sólo por el significativo proceso de materialización de las mismas, sino desde el mismo planteamiento esencial respecto de ellas, que tiene que ver con la designación del punto de conexión más apropiado para localizar el derecho aplicable a cada supuesto que se plantee en la práctica. Esa operación no es en general para nada neutral sino que responde a una determinación que se pretende de gran calado político. No en vano la discusión entre los partidarios de la conexión domiciliar y los partidarios de la conexión nacional marcó durante mucho tiempo la evolución de la codificación internacional del DIPr en América Latina.

482. No está demás mencionar en este punto que los diferentes argumentos esbozados para adoptar uno u otro criterio tienen distinto alcance y muy diferente justificación. Los argumentos "políticos" deben ser entendidos, además, desde la perspectiva países de inmigración / países de emigración, dentro de un contexto de un DIPr fuertemente anclado en concepciones publicistas (Boteri). La idea de entender la aplicación de la *lex fori* como una manifestación de la soberanía era algo muy natural en el tiempo en que estos criterios se definieron. Lo mismo puede decirse del argumento, también evidentemente político, de la protección de los nacionales que entraña la aplicación del propio derecho, argumento

que sólo puede defenderse desde una identificación absoluta del ciudadano (súbdito, mejor) con el Estado, desde una visión totalmente publicista del DIPr. Si el DIPr se concibe, en cambio, desde la óptica de las relaciones privadas, la aplicación del propio derecho no tiene por qué ser ninguna ventaja. A una viuda española, le interesará mucho más que a la sucesión de su marido se le aplique la ley argentina del último domicilio del causante que la ley española de la última nacionalidad del mismo, porque la primera es mucho más beneficiosa para los derechos del cónyuge supérstite. Una joven argentina de 18 años que quiere realizar cualquier acto jurídico sin tener que recurrir a la autorización de sus padres, le será de gran utilidad que se le aplique una ley diferente de la argentina (que sigue estableciendo la mayoría de edad a los 21 años) que la considere capaz (como le sucedió hace muchos años a Evelina Berman –ver el caso en *JA*, 1958-IV-27–, o, en sentido inverso, a la hija del escritor español Valle Inclán –*JA*, 1942-II-789–).

B) Panorama actual de la cuestión

483. Los argumentos ligados al sentido de los flujos migratorios han perdido buena parte de su sustancia, toda vez que los países europeos occidentales han pasado a ser países de inmigración y los países latinoamericanos –lamentablemente– países de emigración. Algunos Estados europeos vieron esto claramente y, siguiendo con la perspectiva política de la reglamentación, modificaron el criterio tradicional, como fue el caso de Suiza (ver principalmente el art. 33 de la Ley suiza de DIPr), o lo atenuaron mediante la introducción del criterio de la residencia habitual para regular algunas cuestiones. En Alemania, donde el criterio de la nacionalidad lleva a los jueces al incómodo expediente de tener que aplicar repetidas veces el derecho turco, se han considerado diferentes proyectos para aplicar la ley de la residencia habitual (es decir, la ley alemana) a partir de un tiempo determinado de residencia en ese país (Basedow). No es para nada casual que en los países europeos se haya revitalizado la figura del reenvío en todas las materias relativas al llamado estatuto personal (Picone, Jayme).

Desde la misma perspectiva política, en los países mercosureños la vigencia de la ley domiciliar tiene hoy más sentido respecto de las perso-

nas jurídicas que de las personas físicas. La presencia de extranjeros con carácter permanente se reduce en su gran mayoría a personas provenientes de países limítrofes. Muchos de los inmigrantes que quedan de los que formaron parte de las grandes olas migratorias han adquirido la nacionalidad del país de acogida, nacionalidad que tienen sus descendientes por la vigencia del principio de *ius soli*.

Lo dicho implica que aquellos argumentos utilizados como ideas fuerza en otras coordenadas históricas y sociológicas hoy tienen muy poco peso, y hasta han perdido interés. Lo que nos queda es el legado de la tradición jurídica, y los criterios que "fija" la tradición jurídica son de difícil modificación. Todos los proyectos de reforma que ha habido en los países de la región en los últimos años mantienen a rajatabla la aplicación de la ley del domicilio como criterio básico, criterio que tiene fuerte presencia en los instrumentos internacionales contemporáneos de la región. Consideramos que se trata de una tradición saludable o, como mínimo, inocua. Lo que sería absurdo, inconveniente y reñido con una idea abierta y cosmopolita de DIPr propia de nuestro tiempo, es modificar el criterio tradicional hacia el perimido criterio de la nacionalidad (Rébori).

2. Alcance de la residencia habitual como factor de solución de la dialéctica clásica

484. El domicilio y la nacionalidad, no obstante sus diferencias, tienen una cosa en común: en tanto categorías jurídicas pueden aprehender con mayor o menor rigor las situaciones fácticas a las que se refieren. Así, bien puede ser que la nacionalidad de una persona tenga poco que ver con su vida concreta, por ostentar una nacionalidad de un país en el que nunca estuvo y con el cual no tiene más contacto que el hecho de que su padre o madre tengan o hayan tenido la nacionalidad de ese país (que prevé el *ius sanguinis*). Del mismo modo, la calificación dada por el legislador a determinados domicilios especiales provocó a lo largo de la historia no pocos desajustes entre la situación legal y la real (piénsese en supuestos tales como el domicilio de la mujer casada –derogado en muchas legislaciones– o el domicilio de los menores).

Por esta razón, en el ámbito personal, la residencia habitual se ha abierto camino a partir de su adopción en convenciones internacionales, precisamente como criterio que, por un lado, permite superar el enfrentamiento entre los Estados tributarios de cada uno de los criterios tradicionales y, por otro, refleja de mejor modo la situación real. En efecto, al exigir como componente objetivo la presencia física de la persona en el lugar y como elemento subjetivo el ánimo de permanecer allí, la residencia habitual se erige como la conexión personal más realista. Claro está que debe tenerse en cuenta que la residencia habitual le transmite esta virtud en muchos casos al domicilio, ya que muchas legislaciones identifican, con alcance más o menos general, el domicilio con el lugar de la residencia habitual de la persona (así, art. 5 TMDCI de 1940 y art. 2.1 Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr (CIDIP II)).

En el campo de la codificación internacional del DIPr, la residencia habitual se ha consolidado como punto de conexión de referencia, en especial, pero no exclusivamente, respecto de las materias relativas a menores. En estos casos, si bien el elemento subjetivo de la residencia habitual no siempre es fácil de medir, a lo que se le da más importancia es a la presencia física del menor en un Estado a efectos tanto de la ley aplicable como de la jurisdicción competente. Así ha sucedido en las convenciones de la Conferencia de La Haya y en nuestras convenciones interamericanas. Por ejemplo: la Convención sobre adopción de la CIDIP III, ordena la aplicación de la ley de la residencia habitual del menor para regir "la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo (...)" (art. 3); las cuestiones relativas al adoptante o adoptantes, en cambio son sometidas a la ley del domicilio (art. 4). Por su parte, en orden a encontrar la ley que resulte más favorable al interés del acreedor, la Convención sobre obligaciones alimentarias de la CIDIP IV dispone la posibilidad de escoger entre las leyes del domicilio o la residencia habitual del acreedor y las leyes del domicilio o la residencia habitual del deudor (art. 6). La residencia habitual del menor también es el elemento central sobre el cual se construye la Convención sobre restitución internacional de menores de la CIDIP IV y tiene un peso fundamental en la reglamentación contenida en la Convención sobre tráfico internacional de menores de la CIDIP V. Esta

preferencia por la residencia se debe, como bien dice Opertti, a que la residencia habitual constituye el "verdadero asiento real del menor", su "centro de vida", tal como se define en el art. 3 del Convenio bilateral sobre protección internacional de menores celebrado entre Argentina y Uruguay y en el art. 3 del Convenio sobre restitución internacional de menores celebrado entre Chile y Uruguay.

Sin embargo, la presencia de la residencia habitual no se agota en el ámbito de los menores; ni siquiera en el ámbito de estricto carácter personal. Si observamos, por ejemplo, la definición de internacionalidad incluida en el art. 1 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, vemos que para las personas físicas el contrato será internacional "si las partes del mismo tienen su residencia habitual (...) en Estados parte diferentes" (además de la posibilidad de contrato con conexiones objetivas con más de un Estado parte). En la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en todos los Estados comunitarios, se establece que en subsidio de aplicación de la regla básica de la autonomía de la voluntad, el contrato se rige por la ley del Estado más estrechamente vinculado con el contrato; para determinar esto último existe una presunción general (y otras particulares) basada en la residencia habitual de la persona que tiene a su cargo la prestación característica del contrato (art. 4.2).

3. Autonomía de la voluntad

485. Sin lugar a dudas, otra forma de escapar a los problemas derivados de la determinación de la ley aplicable al estatuto personal consiste en ampliar el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad de los particulares. Téngase en cuenta que un problema que es común a todas las conexiones antes vistas es el de su mutabilidad o, lo que es lo mismo, el de su inestabilidad. En la medida en que las partes puedan elegir el derecho aplicable a cuestiones tales como los efectos del matrimonio o las disposiciones testamentarias, se evitan los problemas de la determinación posterior de ese derecho, que dependerá del criterio seguido por el DIPr del Estado donde se plantee la controversia y de la mayor o menor aceptación del reenvío en su legislación.

La ampliación del campo de acción de la autonomía permite entonces superar la divergencia de soluciones (finalidad tradicional y siempre vigente del DIPr), a la par que confiere más estabilidad a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales, la cual deja de depender de los cambios en la situación personal de sus protagonistas ni debe someterse a inconsistentes expedientes de reenvío. Además de eso, salvo casos extraños, las partes elegirán normalmente una ley que se acomode bien a las características de la situación y a sus intereses recíprocos, con lo que se gana además en calidad de la solución. Para ahuyentar los temores a las situaciones fraudulentas o incompatibles con los principios básicos de la legislación, siempre queda el recurso a las normas imperativas de DIPr y al orden público internacional.

II. Ámbito de la ley personal

1. Capacidad de hecho y de derecho

486. En relación con la persona física individualmente considerada, la cuestión acerca de la aplicación de determinada ley (precisamente de la "ley personal") se plantea, en orden de importancia, respecto de la capacidad, del nombre y de los casos de ausencia. Conocidos los problemas de derecho civil que estos temas plantean, lo que nos interesa aquí es señalar los aspectos que pueden resultar de interés desde la particular óptica del DIPr, para disponer de elementos que permitan abordar la solución de los casos concretos. Con esta mentalidad, no debe interesar la diferenciación entre capacidad de hecho y de derecho (distinción que todos conocemos desde muy poco tiempo después del comienzo de nuestra carrera), sino cuáles son los elementos de la reglamentación de ambas que debemos tener más en cuenta.

Para comenzar, entonces, hay que destacar que en la mayoría de los ordenamientos la tendencia es a designar una sola ley aplicable (nacional o domiciliar) para todas las cuestiones relativas a la capacidad, dejando lugar para algunas pocas excepciones concretas. El mismo criterio es el que suele tenerse en cuenta para fundar la jurisdicción internacional en los problemas relativos a incapacitación. La otra posibilidad es regular de manera diferente la capacidad de hecho y la capacidad de derecho,

como según alguna interpretación minoritaria haría el DIPr argentino (sometiendo la capacidad de hecho a la ley del domicilio y la capacidad de derecho a la ley argentina). Pero aunque la regla sea la de la unidad de régimen, hay que prestar mucha atención a la existencia y el alcance de las excepciones, ya que, en caso de existir, éstas pueden configurarse como otras normas indirectas o como normas materiales imperativas, con el diferente alcance que ya conocemos.

Otra cuestión de relevancia es que la materia de la capacidad puede aparecer vinculada con derechos fundamentales con reconocimiento positivo de rango constitucional. Esta situación provoca un parámetro ineludible para el legislador y para el aplicador del derecho, que no pueden soslayar la vigencia de la norma fundamental al construir las normas primarias y secundarias. Resulta esencial en este contexto prevenir la producción de eventuales discriminaciones prohibidas por la normativa relativa a los derechos humanos. También problemas tales como el momento en el que se considera que comienza la vida y, por lo tanto, existe un sujeto apto para ser titular de derechos y obligaciones, pueden verse afectados por este tipo de apreciaciones de raigambre constitucional.

Finalmente, cabe hacer mención de que la existencia de diferentes regulaciones materiales en materia de capacidad, a menudo provoca que quien es capaz según una ley no lo sea según otras que pueden estar vinculadas con el mismo supuesto, pudiendo hacer variar la consideración acerca de la validez misma del acto jurídico. Puede darse, incluso, que la situación que se plantee sea la de un cambio del elemento fáctico tenido en cuenta en el punto de conexión, es decir, que la persona cambie su domicilio o su nacionalidad desde un país donde es tenida como capaz a otro país donde su condición sea la de incapaz (o viceversa). En tales casos la tendencia es a reconocer la capacidad de la persona y, en consecuencia, favorecer la validez de los actos jurídicos que quiera o que haya podido celebrar.

2. Nombre de las personas físicas

487. Al igual que sucede con el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre ha adquirido *status* de derecho fundamental, en cuanto se vincula indisolublemente con el derecho a la identidad. Así lo reconoce

expresamente la normativa internacional de derechos humanos de alcance universal y regional. En particular, la Convención de la ONU sobre los derechos del niño de 1989, después de ordenar que el niño tiene derecho a un nombre desde que nace (art. 7.1), dispone claramente que "Los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" (art. 8.1).

En el ámbito de las relaciones privadas internacionales, de nuevo debe hacerse alusión a las disparidades normativas entre los Estados como razón de ser de las dificultades en la solución unívoca de los casos que se plantean. Y para saber qué ley nos dirá si un nombre resulta aceptable (inscribible) o no, en qué orden deben o pueden usarse los apellidos, si los nombres o los apellidos pueden cambiarse por voluntad de la persona y en qué casos, los ordenamientos suelen prever, expresa o implícitamente, normas indirectas y, a veces, normas materiales (ver los arts. 37 a 40 de la Ley suiza de DIPr). En ausencia de una norma específica, se considera que la norma indirecta aplicable al nombre es la misma que se aplica al "estatuto personal" (o, dicho de otro modo, que el nombre entra dentro de las cuestiones relativas al estatuto personal), salvo excepciones respecto de categorías específicas de personas. En cualquier caso, las cuestiones deben solucionarse con un criterio flexible que, garantizando el respeto a los derechos fundamentales aludidos, permita la correcta individualización de la persona. Esa y no otra debe ser la inquietud que guíe al juez y al oficial del registro civil a la hora de tomar las decisiones en esta materia.

Entre algunos países europeos están vigentes varias convenciones internacionales aprobadas en el ámbito de la Comisión Internacional del Estado Civil que intentan solucionar algunos de los problemas que se dan en esta materia, entre las que destacan la Convención de Estambul de 1958 relativa a los cambios de nombres y apellidos y la Convención de Munich de 1980 sobre ley aplicable a los nombres y los apellidos.

3. Ausencia

488. Para el DIPr lo que importa de la situación de ausencia, consiste obviamente en saber cuál es el juez competente para declarar la au-

sencia y qué ley regirá los requisitos para declararla, los efectos de la ausencia y la procedencia, en su caso, de la eventual muerte presunta. En el DIPr comparado, vale la pena acudir una vez más al ejemplo que brinda la reglamentación contenida en la Ley suiza de 1987, la cual dispone que: "los tribunales suizos del último domicilio conocido de una persona desaparecida son competentes para pronunciar la declaración de ausencia" (art. 41.1); "los tribunales suizos son además competentes para pronunciar la declaración de ausencia si un interés legítimo lo justifica" (art. 41.2); "las condiciones y los efectos de la declaración de ausencia son regidos por el derecho suizo" (art. 41.3); y "una declaración de ausencia o de muerte pronunciada en el extranjero es reconocida en Suiza, cuando ella emana del Estado del último domicilio conocido o del Estado nacional de la persona desaparecida" (art. 42).

Los TMDCI contienen normas específicas sobre la ausencia que resultan aplicables a los casos conectados con los Estados parte y, según es práctica común en Argentina, Paraguay y Uruguay, también a supuestos que no entran dentro del ámbito espacial de aplicación y para los cuales no existe otra norma aplicable, por vía de la analogía. La norma de jurisdicción, que contempla la actuación del juez del último domicilio, está consagrada en el art. 57 de ambos tratados. El derecho aplicable queda establecido en los siguientes términos: "Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía" (art. 10 TMDCI de 1889 y art. 12 TMDCI de 1940).

III. Soluciones convencionales americanas

1. La bipolarización latinoamericana: los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante

489. Los problemas en torno a la dialéctica nacionalidad *vs.* domicilio en realidad empezó en América Latina antes de la aprobación de los Tratados de Montevideo en 1889. Concretamente, el tema estuvo en el centro del debate cuando se celebró el Congreso de Jurisconsultos Ame-

ricanos, en Lima, que habría de dar como resultado el primer texto internacional de DIPr que se conoce: el Tratado para establecer reglas uniformes en materia de DIPr, más conocido como Tratado de Lima de 1878. Los anfitriones lograron imponer allí el criterio de la nacionalidad con alcance amplio (las ideas de Mancini y Fiore ya tenían en Perú un gran predicamento a través sobre todo de la presencia en ese país de Paul Pradier-Fodéré), es decir, como ley que rige el estado y la capacidad de las personas y, con algunas excepciones, los impedimentos matrimoniales y las sucesiones. Ese dato fue el rasgo distintivo del Tratado y la principal razón del rechazo generalizado que suscitó.

Precisamente, las opiniones son coincidentes en el sentido de que la iniciativa de los gobiernos de Uruguay y Argentina para convocar a un Congreso Sudamericano (que habría de desembocar en los Tratados de Montevideo) se engendró como una reacción contra el principio de nacionalidad consagrado en Lima (Bustamante, Octavio, Batiffol, Samtleben). Y el TMDCI de 1889, consecuentemente, se construyó sobre una base domiciliar, que era la que ya estaba presente en el CC argentino, aunque con un acento más territorialista, que lleva a adoptar el principio de fraccionamiento para las sucesiones, sobre la base de la *lex rei sitae* (arts. 44 y 45, ver Cap. 21.I). En dicho Tratado, la conexión domiciliar domina principalmente en la esfera de la capacidad de la persona física (art. 1), de las relaciones personales (art. 12) y patrimoniales (arts. 41 y 42) de los cónyuges, y de la separación y disolución del matrimonio (art. 13). Los arts. 7 y 8 incluyen normas materiales que califican lo que debe entenderse por domicilio. La idea básica se mantiene en la versión de 1940, aunque el art. 1 recibe otra redacción, más completa y esmerada: "La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio"; y agrega: "No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión". Es sabido que, aunque alcanzaron vigencia y al día de hoy el TMDCI y, por extensión, todos los TM, siguen siendo –para bien y para mal– normas básicas para la solución de las cuestiones de DIPr vinculadas principalmente con Argentina, Paraguay y Uruguay, el sesgo domiciliar / territorialista también impidió una mayor difusión y aceptación de los mismos. Recuérdese además que, con la consagración del *forum causae* con alcance general en el art. 56 TMDCI, el criterio

domiciliar no sólo afecta el derecho aplicable sino también la jurisdicción internacional.

Bustamante trató de superar la controversia incluyendo en su célebre Código el no menos conocido art. 7, que después de sufrir varias modificaciones terminó concediendo a cada Estado parte la facultad de aplicar como ley personal, además de los criterios de la nacionalidad y el domicilio, cualquier otro "que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior", esto último, presumiblemente, para permitir el juego de las normas basadas en principios abiertamente territorialistas (Samtleben). Dicho criterio transaccional se traslada a todas las materias donde existe remisión a la ley personal, como sucede respecto de la capacidad (art. 27). Es conocido el rechazo, por un lado, y las tenues adhesiones, revestidas como ratificaciones con innumerables reservas o "reservas generales", por el otro, que concitó el Código Bustamante.

Así quedó marcada la historia de la codificación americana del DIPr. Con todo, atribuir la bipolaridad entre la obra montevideana y la de Bustamante a la preeminencia de uno u otro punto de conexión, parece desmedido, aunque el dato sea muy importante. Si se revisan todas las actuaciones realizadas en torno a dicho proceso de codificación desde mediados del siglo XIX, el *quid* de dicha bipolaridad parece moverse, sobre todo, en un marco acotado por mezquinas aunque comprensibles razones de protagonismo y de apego a las propias soluciones, y el peso de la antinomia (más fuerte y también superada) latinoamericanismo *vs.* panamericanismo.

2. La CIDIP

A) Las personas físicas en las convenciones interamericanas

490. Las personas físicas como categoría general sólo han estado presentes en la labor codificadora que se viene desarrollando desde 1975 en el seno de la OEA, con la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, aprobada en la CIDIP II. En lo que sí ha trabajado en forma importante la CIDIP fue en diferentes materias de marcado carácter personal, en particular, aquellas relativas a menores.

Como ya hemos señalado, la singladura de la CIDIP en este ámbito se jalona con las Convenciones sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III), sobre obligaciones alimentarias y sobre restitución internacional de menores (ambas de la CIDIP IV), y sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V). En la agenda tentativa para la CIDIP VII aprobada en la última sesión plenaria de la CIDIP VI, sólo se incluye un tema, el referido a los incapaces adultos, pero debe recordarse que la lista confeccionada en esa oportunidad era meramente tentativa.

Todos estos textos demuestran (con sus virtudes y defectos) el interés de la OEA por alcanzar una normativa de DIPr moderna y no exenta de soluciones imaginativas en cuestiones atinentes a la vida de las personas físicas. Sería interesante que las exigencias impuestas por el proceso de globalización no pinten de un solo color la agenda de la codificación de cara al futuro. Es de esperar que el giro hacia la "comercialización" que viene mostrando la CIDIP no menoscabe esta saludable tendencia de la obra anterior. En este sentido no debe resultar un dato menor que los Estados miembros de la Organización siguen ratificando los textos relativos a las personas con más asiduidad que los otros textos. La Convención de alimentos aprobada en 1989 es una muestra en este sentido, habiendo recibido tres ratificaciones en 2001 (entre ellas la de Uruguay) y la de Argentina en 2002, elevando a once el número de Estados parte. La Convención de adopción, por su parte, aprobada en 1984, cuenta con seis incorporaciones al 1°/12/2002, con la particularidad de que dos de ellas son de 1997, otra de 1999 y la última –de Chile– de 2002. La Convención sobre restitución de menores, de 1989, ha recibido la ratificación boliviana en 1998, tres ratificaciones en 2001 (entre ellas, las de Argentina y Uruguay) y otra en 2002, completando al 1°/12/2002 diez Estados parte. La Convención sobre tráfico de menores tuvo tres ratificaciones en 2000 (la de Argentina entre ellas), una en 2001 y otra en 2002, haciendo un total de nueve incorporaciones a la misma fecha.

B) Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado (Montevideo, 1979)

491. Esta Convención, que al día de hoy está vigente en los Estados mercosureños de Paraguay y Uruguay, además de en Ecuador, Guatema-

la, México y Perú, constituyó un intento de homogeneizar, en muy pocos artículos, las distintas concepciones que respecto del domicilio existen en los países de la región, mediante la fijación de normas uniformes al respecto (art. 1).

Para ello se basa en una regla general (art. 2) que establece, en orden sucesivo, cuáles son las "circunstancias" que determinan el domicilio de las personas físicas. Ellas son: la residencia habitual, el lugar del centro principal de los negocios, la simple residencia, y el lugar donde la persona se encontrare. Las dos últimas conexiones sirven para resolver los casos en los que una persona tiene doble domiciliación en Estados parte, ya que se dispone que se la considerará domiciliada en el Estado en el cual tiene la simple residencia y "si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare" (art. 6).

En cuanto a los domicilios "especiales", la Convención establece que el de los incapaces será el de sus representantes legales –con excepción del caso de abandono, para el que seguirá rigiendo el domicilio anterior– (art. 3), el de los cónyuges será el del lugar donde éstos vivan de consuno –reconociendo el derecho de cada cónyuge a fijar su domicilio en los términos del art. 2– (art. 4), y el de los funcionarios diplomáticos será el último domicilio que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante (art. 5). Este mismo artículo dispone que el desplazamiento temporal a otro Estado por empleo o comisión gubernamental, no modifica el domicilio de la persona.

IV. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

A) Capacidad de hecho y de derecho

492. El legislador nacional construye la norma jurídica sobre la capacidad de las personas físicas mediante la articulación de varias disposiciones del Código Civil (arts. 6, 7 y 8). Una primera lectura de las reglas enunciadas, conduciría a afirmar que dicha capacidad se rige por la ley del domicilio.

Sin embargo, es necesario traer a colación otros artículos que regulan específicamente la capacidad o incapacidad para celebrar actos jurídicos. Se comprueba entonces que uno de ellos confirma tal premisa (art. 948), mientras que el siguiente al sostener que: "La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código" (art. 949), agita las aguas dificultando la armonización normativa.

493. Con miras a subsanar esta discordancia, se generan en la doctrina nacional opiniones divergentes en cuanto al alcance que se le reconoce al domicilio para regir la capacidad. Surge así la teoría separatista –opuesta a la sintética– que distingue entre capacidad e incapacidad de hecho y capacidad e incapacidad de derecho sometiéndolas a leyes diferentes. A su vez, esta teoría se bifurca en tres direcciones respecto a la ley competente para regir la capacidad e incapacidad de derecho, ya que no vacilan en sujetar la capacidad e incapacidad de hecho a la ley del domicilio.

La teoría chauvinista, valiéndose de una interpretación literal del artículo 949, subordina la capacidad e incapacidad de derecho a la ley territorial, inspirándose en la postura separatista adoptada por el Proyecto de Código Civil elaborado por Freitas para el Estado de Brasil.

La tesis cosmopolita (Vico) acoge en principio la posición sintética –el domicilio rige la capacidad en general– con la salvedad de las incapacidades de derecho establecidas por la ley territorial, que prevalecen sobre la capacidad de derecho domiciliaria. Es decir que, tratándose de una persona domiciliada en el extranjero, su capacidad e incapacidad, tanto de hecho como de derecho, se supeditan a la ley del domicilio. No obstante, en el supuesto que la ley argentina consagre una incapacidad especial de derecho –por ejemplo, la incapacidad impuesta por el Código Civil al tutor para realizar una serie de actos con respecto al pupilo aunque el juez indebidamente lo autorice (art. 450)– ésta prevalece sobre la capacidad de derecho domiciliaria. En apoyo de su interpretación, Vico recurre a diversas disposiciones del CC (arts. 6, 7, 9, 949 y su nota, 3286 y 3612).

Finalmente, la doctrina intermedia (Calandrelli) combina las dos tesis anteriores, asimila la capacidad de derecho a la capacidad e incapacidad de hecho, otorgándoles el mismo tratamiento jurídico, mientras que la incapacidad de derecho queda captada por la ley territorial. El predomi-

nio de esta ley sólo se justifica en los casos de incapacidad de derecho, al tiempo de juzgar la capacidad de las personas domiciliadas fuera del país. En consecuencia, éstas pueden adquirir todos los derechos y ejercer todos los actos que las leyes de sus respectivos domicilios les acuerdan y autorizan, aunque no podrían invocar dicha capacidad frente a una prohibición, limitación o restricción expresa de la ley territorial. Tampoco los actos que practiquen producirán los efectos que las leyes nacionales les niegan.

494. A la luz de lo expuesto, consideramos necesario esclarecer cómo califica el ordenamiento civil la conexión "domicilio". El CC no proporciona un concepto genérico de domicilio limitándose a definir el domicilio real, el de origen y el legal (arts. 89 y 90).

El domicilio real se caracteriza por la combinación de los elementos objetivo y subjetivo. El primero está dado por el lugar donde la persona tiene el asiento principal de la residencia y de los negocios. En tanto que el elemento intencional, esto es la voluntad de constituir allí su residencia habitual "con ánimo de permanecer en él" se desprende de lo dispuesto por otras normas del CC (arts. 92 y 97 *in fine*).

En caso de habitación alternativa en diferentes lugares, se considera que el domicilio es el lugar donde se tiene la familia, o el principal establecimiento (art. 93). Ahora bien, si la persona tiene su familia radicada en un lugar y sus negocios en otro, se privilegia el primero como determinante de su domicilio (art. 94).

El domicilio de origen –lugar del domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos– actúa para el supuesto de abandono de domicilio en el extranjero sin ánimo de la persona de regresar a él (art. 96).

El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que la persona reside de forma permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. A la residencia actual se acude en los casos de carencia de domicilio (art. 90.5), aunque esta disposición sólo es aplicable si una persona carece de domicilio durante considerable tiempo (Goldschmidt).

495. En otro orden de ideas, cabe mencionar que el domicilio no es la única conexión admitida para regular la capacidad de las personas fí-

sicas. En efecto, el CC consagra excepciones a esta regla general; así, la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración (art. 159) en tanto que la capacidad para adquirir o transferir los bienes raíces situados en el país se somete a la ley del lugar de situación (art. 10). Esta cláusula ha sido objeto de varias interpretaciones por la doctrina nacional, las que serán expuestas en el capítulo pertinente.

496. El conflicto móvil que se origina cuando un menor o no emancipado cambia su domicilio de un país extranjero a la República, es resuelto mediante normas materiales de derecho internacional privado (arts. 138 y 139 CC). Son dos los supuestos contemplados: en el primero, ingresa al país una persona menor o no emancipada, mientras que en el segundo, quien ingresa ya es mayor o menor emancipado. En ambos casos se aplica el derecho más favorable a la capacidad, pues si la ley argentina lo considera mayor o menor emancipado a quien viene a domiciliarse al país, será considerado como tal aunque fuese menor o no emancipado por las leyes de su domicilio anterior.

En la misma tesitura se orienta la otra hipótesis ya que si el que se traslada es un mayor o menor emancipado según la ley de su domicilio anterior, sigue siéndolo aunque las leyes nacionales no lo juzguen así.

En base a las normas enunciadas la jurisprudencia sostuvo:

> "(...) en principio, es exacto que los incapaces tienen el domicilio de sus representantes (art. 90 CC) y que no pueden, por consiguiente, crearse uno propio. Pero este principio no tiene el mismo alcance, ni la misma extensión, en el orden internacional, desde que cuando un individuo llega a los 22 años cesa precisamente su incapacidad para la ley argentina y queda, por tanto, habilitado al efecto de establecer aquí su domicilio con todas las consecuencias legales que de ese hecho derivan" (CCiv, 2ª Capital Federal, 7/5/1942; *"Del Valle Inclán, María B."* –*LL*, 26-573–).

Si bien sólo se recepta el hecho del cambio del domicilio de un país extranjero a la República, las disposiciones aludidas se aplican analógicamente a los casos de personas que mudan su domicilio de la Argentina a otro país, o si el traslado se realiza entre dos países extranjeros y luego en la República se discute la validez de un acto con miras a la mayoría de edad del interesado (Goldschmidt).

A la aplicación analógica recurre la Cámara Civil de la Capital Federal para resolver el caso planteado por una menor de edad –18 años– según la ley argentina, que se encontraba en Israel. Como en ese país la mayoridad se alcanza a esa edad, se consideró que no requería la venia judicial solicitada para contraer matrimonio a raíz del disenso de sus padres –domiciliados en Argentina– por cuanto el tribunal decidió aplicar la ley del "domicilio actual" (*"B., E.G.F."*, Sala C, 30/12/1957, *LL*, 91-439).

B) Nombre de las personas físicas

497. La doctrina ubica mayoritariamente el tema del nombre en el estatuto personal, aunque no faltan quienes entienden que integra el derecho administrativo o un derecho administrativo internacional. Ello explicaría de algún modo la ausencia de normas indirectas específicas sobre el punto, ya que en las señaladas ramas jurídicas impera por regla general, la territorialidad (Ciuro Caldani).

La jurisprudencia considera que constituye una institución de policía civil, carácter que se infiere de la idea de que es un derecho y un deber de identidad (CNacCiv-C, 22/2/1978, *LL* 1978-D-226). Asimismo, se sostiene que la ley que reglamenta el nombre de las personas naturales (Ley 18.248, *BO* 24/6/1969), aunque no ha sido incorporada explícitamente al CC, al legislar sobre un derecho / deber (art. 1) integrante de la personalidad comprende una materia sustancialmente civil y, por ende, de derecho común (Cám.1ª Civ. y Com., Mercedes, 20/8/1970, *LL* 141-702).

La carencia de normas de DIPr llevó a la doctrina a pronunciarse en diversos sentidos respecto al derecho aplicable al nombre. Una corriente entiende que pertenece al ámbito del estado de las personas (Ciuro Caldani) y, en consecuencia, se somete la cuestión a la ley domiciliaria. Otra teoría considera que la facultad para imponer un nombre a una persona está regida por el derecho que impera sobre la relación jurídica de la que tal derecho emerge (Goldschmidt). Mientras que una tercera tesis estima que este derecho está tácitamente establecido por una norma material de derecho privado internacional, y se vincula con la patria potestad o la guarda (Alfonsín).

En lo relativo a los cambios de apellidos y nombres o a la alteración de su ortografía, existiría consenso en someterlos a la ley que regula el

estado y la capacidad de las personas. Sin embargo, se entiende que la *lex fori* argentina puede imponer exclusivamente ciertas normas de control (Boggiano).

En orden a la adaptación al castellano de un nombre extranjero, prevista en el art. 7 de la ley reglamentaria citada, corresponde no sólo a quien se nacionaliza sino aun a quien conserva su nacionalidad original, pero con domicilio en nuestro país. De tal modo se privilegia la conexión domiciliaria (CNacCiv-I, 18/7/1996, *"Cabre, Nicolasa s/información sumaria"*).

C) Ausencia

498. En esta materia, la legislación argentina sólo contempla el problema de la jurisdicción internacional. El primer foro especial recogido por la ley que regula el instituto (Ley 14.394, *BO* 30/7/1954) atribuye competencia a los tribunales nacionales para declarar la ausencia con presunción de fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido el último domicilio o la última residencia en el país. En la hipótesis de que hubiese bienes del ausente en Argentina y las conexiones mencionadas estuvieren en el extranjero o no fuesen conocidas, los tribunales nacionales tienen jurisdicción internacional concurrente. Cuando dichos bienes se encontraren en diversas jurisdicciones, es competente el juez que hubiere prevenido (art. 16).

El plazo establecido por la ley para que se declare judicialmente la presunción de fallecimiento es de tres años contados desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente (art. 22). Es evidente que declarada en el extranjero, las cuestiones relativas al procedimiento han de regularse por la *lex fori* y, en materia de inmuebles sitos en el país, regirá lo dispuesto por la ley nacional (art. 10 CC).

2. Brasil

A) La ley personal en el sistema brasileño

499. Según el derecho brasileño vigente en 2002, toda persona física tiene personalidad jurídica y es capaz de derechos y obligaciones en el

orden civil (art. 2 CC 1916); la ley no distingue entre nacionales y extranjeros en lo que se refiere a la adquisición y el goce de los derechos civiles (art. 3 CC 1916), y toda discriminación a los extranjeros debe ser autorizada por la Constitución Federal (art. 5 CF y Ley 6815/1980). La persona física es el sujeto de los derechos por excelencia, lo que interesa al DIPr, ya que será este *status* el que establecerá las principales conexiones con una ley estatal (von Overbeck).

El llamado estatuto es la ley personal que acompaña al individuo, desde el nacimiento hasta la muerte, siendo la norma que rige los diversos aspectos básicos relativos al individuo, regulando el conjunto de las relaciones privadas de la persona natural. Tres son los principales criterios utilizados para regularlo, a saber: a) la territorialidad; b) la nacionalidad; c) el domicilio. Se resalta, desde luego, que el mundo se divide entre estos dos últimos criterios, y Brasil adopta hoy el criterio del domicilio (art. 7 LICC 1942).

500. En el Brasil colonial regía el criterio de la nacionalidad, con algunos aspectos del criterio domiciliar por influencia de las *Ordenações*. Con la independencia del país de Portugal, a partir de 1822 (véase el Reglamento 737, de 1850, la Ley Cambiaria de 1908 y la Constitución de 1824 que mantuvo en vigor la legislación portuguesa), pasamos a adoptar el criterio de la ley de la nacionalidad, en un reflejo de la tradición portuguesa, con influencia europea, opción sustentada por el autor del Código, Clóvis Bevilacqua, que en las normas de introducción al Código Civil (LICC), vigente a partir de 1917, consolidó la nacionalidad (art. 8.I) como principal punto de conexión en el Brasil del inicio del siglo XX.

Asimismo, el criterio de la nacionalidad vino a causar problemas en nuestra jurisprudencia: de los primeros grupos de inmigrantes de 1823, alemanes e italianos, muchos habían recibido la nacionalidad brasileña; mas en 1921, con la industrialización de San Pablo, Brasil recibió grandes grupos de inmigrantes europeos y japoneses, que no optaron por la naturalización brasileña. En este Brasil de "extranjeros", los jueces, en lo que se refiere al criterio de la nacionalidad, tuvieron que aplicar la ley extranjera a las causas sucesorias, iniciándose un sinnúmero de problemas relativos a los conflictos de leyes. En virtud de esos factores, las Constituciones siguientes crearon para la sucesión de bienes de extran-

jeros en Brasil la excepción del favor brasileño y pasaron a preocuparse por los hijos brasileños sucesores de extranjeros.

En 1942, durante la Segunda Guerra Mundial, Brasil altera su LICC y el principal elemento de conexión pasa a ser el domicilio. Algunos piensan que fue un cambio político. Se creó una Ley de introducción autónoma en relación al Código Civil, diferenciada de éste para facilitar el cambio. En el artículo 7 de la LICC, fue adoptado, al final, el domicilio como principal elemento de conexión, pasando el estatuto personal a ser regido por la ley del domicilio, modificando la tradición brasileña, que por fin se integraba al criterio más usado en los países latinoamericanos.

Este criterio es el vigente desde entonces, siendo el concepto de domicilio, en el derecho brasileño, definido por los artículos 30 y siguientes del CC. Si en el caso en cuestión aparece más de un domicilio, el juez escoge uno de ellos, pues no es posible tener más de uno en DIPr (al contrario del art. 32 del CC 1916, no usado en DIPr). En la práctica, se escoge el domicilio efectivo, y si uno de los dos domicilios es brasileño, éste es elegido como domicilio efectivo, ocasionando, en la mayoría de las veces, la aplicación de la *lex fori*.

B) Capacidad

501. El domicilio es entonces el elemento de conexión por excelencia del sistema brasileño y constituye el estatuto personal (Castro). En este sentido, el domicilio es la "sede de la persona física", como afirmaba Savigny, y para ser sede de su vida civil requiere *animus*, elección, voluntad, capacidad plena, intención manifiesta de cambio y también residencia, conforme se desprende del art. 31 CC (Castro). El art. 7 LICC regula tanto la capacidad de derecho, como la capacidad de ejercicio, usando la personalidad como sinónimo de capacidad de derecho. La personalidad es la aptitud genérica de ser sujeto de derechos y deberes. La capacidad de derecho es indivisible. Según Pontes de Miranda, nadie puede ser más o menos persona, sólo más o menos capaz. La personalidad es un *quid* absoluto, y la capacidad (de ejercicio) es su medida. Según el art. 4 CC 1916, "La personalidad civil del hombre comienza desde el nacimiento con vida; pero la ley pone a salvo desde la concepción los derechos del *nasciturus*".

La capacidad de ejercicio puede ser mayor o menor, en ese sentido, la persona es absolutamente capaz (art. 2 CC 1916) o absolutamente incapaz para determinados actos de la vida civil. El comienzo y el fin de la personalidad, la capacidad de ejercicio es la cualidad de ejercer por sí solo determinados actos de la vida civil. El comienzo y el fin de la personalidad, la capacidad y el nombre son determinados por la ley del domicilio de la persona, conforme el art. 7 LICC.

La mayoría de edad civil sólo es adquirida en Brasil a los 21 años (art. 9 CC 1916). En cuanto a los menores y adolescentes, dispone el párr. 7 del art. 7 de la LICC que "Salvo caso de abandono, el domicilio del jefe de familia se extiende al otro cónyuge y a los hijos no emancipados, y el del tutor o curador a los incapaces bajo su guarda". Ocurre que hoy este párrafo está en desacuerdo con la Constitución Federal de 1988, que estableció la igualdad entre cónyuges (art. 226) y el fin de la figura del jefe de familia.

La Constitución Federal de 1988 abolió la expresión "jefe de familia", instituyendo que los dos cónyuges son jefes de familia, con iguales derechos; luego, el domicilio de la esposa también podría "extenderse al marido". Específicamente en DIPr, ya hay larga y pacífica jurisprudencia de tratamiento igualitario entre sexos en el matrimonio, tanto que en materia de otro importante elemento de conexión, la nacionalidad, desde 1969, se prohíbe que la nacionalidad del marido afecte *ipso facto* a la nacionalidad de la mujer, sea en caso de separación, divorcio o matrimonio.

Por otra parte, respecto al pequeño número de normas de DIPr existentes en el ordenamiento brasileño, prevalece la tesis del efecto útil y de una interpretación o lectura siempre conforme a la Constitución. Esta lectura del art. 7.7 LICC conforme a la Constitución Federal de 1988, esclarecería que no hay más domicilio legal del "jefe" de familia, pero sí domicilio de la familia mientras se mantenga unida. Después de la separación de hecho, el domicilio histórico común del matrimonio no es más el único factor relevante. Será relevante solamente cuando sea escogido como punto de conexión por la regla brasileña.

C) Conmoriencia, ausencia, derecho al nombre

502. El inicio y el fin de la personalidad tiene como elemento de conexión el domicilio del individuo. La conmoriencia es regulada, como lo

hace el Código Bustamante, por la ley del domicilio del causante. Si se aplica la ley brasileña, la muerte simultánea es presumida, de modo que los fallecidos no heredan entre sí, conforme dispone el art. 11 CC: "Si dos o más individuos fallecieren en la misma ocasión, no pudiéndose averiguar si alguno de los conmorientes precedió a los otros, se presumen simultáneamente muertos".

En Brasil no existe la figura de la muerte civil, existiendo simplemente la desaparición sin comprobación de la muerte (ausencia). Si el individuo desaparece, no pudiendo ser hallado su cuerpo, y no estando comprobada su muerte, no es posible abrir una sucesión, pero sí declarar su ausencia. Ésta también es regulada por los arts. 7 y 10 de la LICC, que preconiza que "La sucesión por muerte o por ausencia se rige por la ley del país en que estaba domiciliado el difunto o desaparecido, cualquiera que sea la naturaleza y la situación de los bienes", siendo el elemento de conexión el último domicilio del causante.

503. El derecho al nombre es el más importante de los derechos de la personalidad, siendo aplicable la ley del domicilio actual del individuo (art. 7, inicio). Cabe destacar, como dato significativo que, a diferencia de lo que sucede en los otros países del MERCOSUR, en Brasil el apellido de la madre se utiliza por delante del apellido paterno.

D) El privilegio procesal de la mujer

504. En cuanto a los privilegios en el proceso civil, existe una gran discusión en Brasil acerca de si la norma constitucional de la igualdad habría modificado las normas del CPC que aseguraban el foro privilegiado de la mujer en la acción de separación y divorcio internacional. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes al reconocer e interpretar el art. 100.I CPC en el sentido de que asegura la competencia del juzgado de la residencia de la mujer (Rizzardo). Tratándose de competencia relativa (RSTJ 3/741) podría ser alterada (prorrogada) por voluntad de las partes. Cabe insistir en que solamente la voluntad de ambas partes o de la mujer podría prorrogar la competencia base del art. 100.I CPC, y no el juez (RSTJ 33/381) o el actor, toda vez que hay derecho procesal (potestativo) de la mujer a garantizar la competencia del juz-

gado de su residencia al decidir presentar la debida excepción de incompetencia, en la forma y en el plazo de la ley (arts. 112 y 114 del CPC) (Nery/Nery).

Para algunos, es discutible la aplicación del art. 100, inciso I del CPC, a casos de DIP. El profesor Jacob Dolinger defiende vehementemente esta aplicación en casos atípicos o internacionales, considerándola una importante cuestión de justicia (en el mismo sentido se expresa Ana María Villela). Esta nos parece también la posición a seguir a fin de evitar discriminaciones inconstitucionales respecto de la mujer extranjera. Es decir que también en casos internacionales el foro de competencia de la residencia o domicilio de la mujer, en cuanto privilegio constitucional y como forma de evitar discriminaciones a los extranjeros o no residentes en Brasil, debe ser reconocido. La excepción de incompetencia debe pues prevalecer.

3. Paraguay

A) Domicilio real y legal

505. En el CC paraguayo se distingue el domicilio real del legal, determinándose el primero conforme al art. 52: "El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia o de sus negocios. El domicilio de origen es el lugar del domicilio de los padres, en el día del nacimiento de los hijos". El CC considera el elemento permanencia como criterio para determinarlo de acuerdo a la segunda parte del art. 54: "(...) para que la residencia cause domicilio, debe ser permanente". Por su parte, el art. 53 CC establece que:

> "El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones:
> a) los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar en que ejerzan sus funciones, no siendo éstas temporarias o periódicas;
> b) los militares en servicio activo, en el lugar donde presten servicio;
> c) los condenados a pena privativa de libertad lo tienen en el establecimiento donde la estén cumpliendo;

d) los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual; y
e) los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales".

El art. 54 añade que "La duración del domicilio legal depende del hecho que lo motive (...)."

B) Capacidad

506. De acuerdo al art. 28 CC paraguayo la persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción. El Código de Vélez Sársfield que regía en Paraguay hasta la sanción del nuevo Código Civil, establece que la persona tiene capacidad de derecho desde su concepción en el seno materno (art. 70). Se percibe una evolución normativa porque la disposición se limita a la concepción, dejando abierta la posibilidad de la adaptación a las nuevas circunstancias y realidades científicas, como la fecundación *in vitro* y otros medios alternativos de concepción.

De conformidad con el art. 14 CC, "La capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes."

El principio e inicio de la vida está vinculado a la capacidad de adquirir derechos por parte de la persona o, en otros términos, de gozar de personalidad jurídica como sujeto del derecho. La ley atribuye capacidad de adquirir derechos a la persona desde su concepción tal cual lo indica el mencionado art. 28 CC: "La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado (...)". En concordancia con esto, el art. 2506 CC dispone que "La declaratoria de herederos se suspenderá cuando exista un heredero eventual concebido, hasta que la incertidumbre respecto de la herencia haya desaparecido (...)". El segundo párrafo del art. 28 aclara: "La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno", lo que implica la exigencia de signos de vitalidad aun-

que fuera por un instante tal como lo señala el art. 32 CC: "Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubieren oído la respiración o la voz del nacido o hubieren observado otros signos de vida". Según el art. 57 de la Ley 1266/1987 "será inscripto el nacimiento siempre que el nacido haya vivido siquiera un instante después de la separación de la madre".

La prueba del nacimiento se produce con las constancias de los asientos en las instituciones públicas a las cuales la ley atribuye competencia para expedirlas. El CC paraguayo hace referencia a los nacidos en la República, diciendo en el art. 35 que el nacimiento de las personas se prueba por los testimonios de las partidas y certificados auténticos expedidos por la Oficina del Registro de Estado Civil de las Personas. El art. 50 de la Ley 1266 del 22 de octubre de 1987, "Del Registro de Estado", establece que:

> "(...) se inscribirán en el libro de nacimiento de la Oficina del lugar que corresponda, los nacimientos ocurridos en territorio nacional. Los nacidos en el extranjero, si sus padres tuviesen domicilio en el país al tiempo del nacimiento se registrarán en la Oficina del domicilio de éstos. Las partidas de nacimientos extendidas por los cónsules y capitanes de barcos nacionales en los casos previstos por los arts. 41 y 42 serán anotadas en la Oficina del Registro del Estado Civil de la Capital".

507. El art. 36 CC expresa: "La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente". Se adquiere la capacidad de hecho plena también por el cese de la incapacidad relativa de los menores, en las siguientes circunstancias: a) de los varones y mujeres de 18 años cumplidos, por sentencia de juez competente ante quien se acredite su conformidad y la de sus padres, y en defecto de ambos, la de su tutor, que los habilite para el ejercicio del comercio u otra actividad lícita; b) de los varones de 16 años, y las mujeres de 14 años cumplidos, por su matrimonio, con las limitaciones establecidas en este Código; y c) por la obtención de título universitario. La emancipación es irrevocable (art. 39 CC). Lo relacionado a la edad pa-

ra contraer matrimonio fue derogado por el art. 17.1 de la Ley 1/92 de Reforma Parcial del Código Civil, unificando la edad mínima para contraer matrimonio en 16 años, tanto para varones como para las mujeres, aunque de manera excepcional dicha edad puede rebajarse a los 14 años para varones y mujeres con autorización judicial.

508. En los arts. 11 y 12 CC se consagra que la capacidad e incapacidad de hecho de las personas se hallan sometidas a la ley del domicilio, al margen del lugar de celebración del acto o de la situación de los bienes de que se trate. Dos principios introducen una excepción importante a la regla: el primero, que siempre se estará a favor de la capacidad y no de la incapacidad de las personas; el segundo, en relación con los actos, como derivación del primero, en caso de duda se estará a favor de la validez de los actos, lo que ha influido la solución legal en el nuevo CC. La regla adoptada establece que el que siendo menor de edad –capacidad de hecho relativa– según las leyes de su domicilio en el extranjero, posteriormente trasladare su domicilio al Paraguay y de acuerdo a las reglas del CC reuniere las condiciones previstas en el mismo para poseer capacidad de hecho, será considerado mayor de edad, o menor emancipado, según sea el caso. Del mismo modo, quien siendo mayor de edad o menor emancipado de acuerdo con las leyes de su domicilio en el extranjero, trasladare su domicilio al Paraguay, y conforme a las reglas del CC paraguayo no reúne las condiciones legales requeridas para la mayoría de edad o la emancipación, será considerado no obstante mayor de edad o menor emancipado, prevaleciendo el principio de la capacidad adquirida, reputándose la mayor edad o la emancipación como un hecho irrevocable. Esta disposición, prevista en el art. 13 CC, reproduce los arts. 138 y 139 del CC argentino, inspirado a su vez en el *Esboço* de Teixeira de Freitas (arts. 76 y 77) que siguiera en este punto a Savigny, según señala la nota al art. 76.

C) Nombre

509. El nombre está considerado como un derecho fundamental y un atributo esencial de la personalidad, toda persona tiene derecho a su nombre y está así reconocido como principio fundamental vinculado a

los derechos humanos. El art. 42 CC dispone que "Toda persona tiene derecho a un nombre y apellido que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil (...)". Las leyes 1/92 sobre la igualdad entre el hombre y la mujer y 51/91 sobre el divorcio vincular han introducido importantes modificaciones al Código con relación al nombre de las personas.

En lo que importa desde una perspectiva de DIPr, cabe decir que el domicilio de la persona determina en principio tanto la jurisdicción competente como la legislación aplicable.

4. Uruguay

A) Capacidad

510. El art. 2393 CC sigue la solución de los Tratados de Montevideo, adoptando la conexión domicilio en materia de capacidad de las personas físicas. La categoría regulada en la norma es amplia y comprende en su ámbito de aplicación tanto las condiciones como las consecuencias de la capacidad. Es decir que comprende la determinación de "cuáles actos le están permitidos y cuáles le están vedados al incapaz; si éste debe ser representado o asistido para suplir su carencia de plena capacidad; y cuáles formas habilitantes se exigirán para tales o cuales actos" (Alfonsín). Si la ley del domicilio del incapaz exige como forma habilitante la venia o autorización judicial, ésta debe ser otorgada por los jueces del domicilio del incapaz. Ésta es la única judicatura que puede apreciar con conocimiento de causa si el acto para el cual se pide la venia es provechoso o perjudicial para el incapaz, así como las demás circunstancias relativas al desempeño del incapaz y de sus representantes. Esta solución permite además que la responsabilidad del representante permanezca centralizada y controlada en el domicilio del incapaz. Con respecto a la aprobación u homologación judicial, en cambio, que implica evaluar si cierto acto es conveniente o no para el incapaz y si a la vez es regular o no, no es posible atribuir competencia genérica a una determinada judicatura: dependerá de cada caso si es competente el juez del domicilio del incapaz, el del lugar del acto o el de la situación de los bienes (Alfonsín).

Es la ley del domicilio del incapaz la competente para establecer si se requiere o no algún procedimiento judicial para la protección del interés del incapaz, tal como el remate judicial o la partición judicial. Si la ley del domicilio exige remate judicial, por ejemplo, aunque el bien esté situado en un Estado distinto al del domicilio, y aunque la compraventa se rija por una ley distinta a la de éste, deberá seguirse el procedimiento de protección (remate judicial) exigido por la ley del domicilio del incapaz. Si la ley del domicilio del incapaz no exige dicho procedimiento, no será necesario cumplirlo aunque la ley del acto o la ley del lugar de situación del bien sí lo exija, porque estas últimas no son las competentes para establecer los mecanismos de protección del incapaz (Alfonsín). Cuando el procedimiento exigido por la ley del domicilio del incapaz sea desconocido en el Estado donde deba cumplirse, habrá que recurrir a los *procedimientos análogos* de protección previstos en el derecho de este último. Ésta ha sido la solución recogida por la Convención interamericana sobre normas generales de DIP, art. 3.

La capacidad para contraer matrimonio es una capacidad especial, regulada conforme al art. 2395 por la ley del lugar de la celebración; está excluida por tanto del alcance extensivo de la categoría genérica capacidad de las personas físicas, regulada en el art. 2393. Las interdicciones y emancipaciones, en cambio, se califican en la categoría capacidad, por lo que se regulan por la ley del lugar del domicilio de la persona de que se trate. Es decir que las emancipaciones y habilitaciones otorgadas por las autoridades del Estado del domicilio y conforme a la ley de dicho Estado, tienen eficacia extraterritorial en Uruguay. Lo mismo rige con respecto a las interdicciones (Alfonsín). Pero deben cumplirse los requisitos de publicidad que exija el derecho del Estado donde se pretende hacer valer la situación. En el caso de Uruguay, deberá efectuarse la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones. En dicho Registro se inscriben todas las afectaciones a la patria potestad (art. 35.3 de la Ley Orgánica Registral, N° 16.871, promulgada el 28/9/1997, que entró en vigencia el 1/5/1998 y fue reglamentada por el Decreto reglamentario N° 99/1998 del 21/4/1998, publicado en el *DO* del 28/4/1998).

511. No existe en el sistema uruguayo de DIPr norma expresa que defina el punto de conexión domicilio, adoptado, entre otros, en el art. 2393.

En consecuencia, éste deberá ser interpretado y determinado por el aplicador del derecho, conforme a las reglas de interpretación e integración de las normas de DIPr. El principio general es que toda norma debe ser interpretada *in ordine*, es decir, conforme al orden jurídico al que la respectiva norma pertenece; pero esa interpretación no puede ser *lege civili fori*, porque si así se hiciera, perdería sentido tener normas de DIPr de fuente interna además de las normas materiales internas. Alfonsín y Tálice, seguidos unánimemente por la doctrina, proponen la teoría exegética. Conforme ésta, a falta de definiciones preceptivas, enumeraciones taxativas, normas constitutivas, enunciaciones a vía de ejemplo y manifestaciones consignadas en las actas parlamentarias, no queda otro recurso que acudir a la analogía amplia con la *lex fori*, no siguiendo esta última al pie de la letra. Es decir que no debe interpretarse el punto de conexión domicilio del art. 2393 aplicando estrictamente el concepto dado por el art. 24 del CC uruguayo sobre domicilio: "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella (...)", porque esta norma refiere exclusivamente al domicilio nacional (Alfonsín).

Tálice sostiene en cambio que antes de recurrir a la interpretación analógica con la *lex fori* es preciso hacer uso de los medios gramaticales y teleológicos. Con respecto al punto de conexión domicilio del art. 2393 la interpretación teleológica y en particular el examen histórico de la Ley 10.084, implica analizar los trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias y exposición de motivos de la misma. El autor de esta ley, que incorporó el Apéndice del CC, Álvaro Vargas Guillemette, sostuvo en la exposición de motivos: "(...) he condensado en pocos artículos la sustancia jurídica de nuestra doctrina internacional. Su íntima conexión con los principios sustentados por los tratados vigentes (los de 1889) y por los recientemente aprobados (los de 1940) tiene además la virtud de derivar de éstos la fuente de interpretación de tales disposiciones". En consecuencia, el punto de conexión domicilio contenido en el art. 2393 del Apéndice debe interpretarse conforme a los principios consagrados en los Tratados de Montevideo, concretamente en el art. 5 del TMDCI de 1940.

En el DIPr uruguayo, la residencia constituye un punto de conexión subsidiario para aquellos casos en que no pueda determinarse el domi-

cilio de la persona en ningún país (art. 31 CC). Los incapaces con representante legal están domiciliados en el domicilio de su representante legal (domicilio legal), mientras que los incapaces que carezcan de representante legal no podrán adquirir domicilio hasta que se les designe representante. Este sistema tiene como consecuencia que no necesariamente coincidirá el lugar donde el incapaz tiene su domicilio legal y donde tiene su residencia efectiva (Alfonsín).

512. No hay norma expresa con respecto a la irrevocabilidad de la capacidad adquirida, lo que genera problemas frente a la necesidad de resolver los conflictos móviles que se plantean frecuentemente con respecto a la capacidad. Alfonsín sostiene con particular énfasis que "(...) es forzoso concluir que nuestra legislación respeta los derechos adquiridos en materia de capacidad", ya que "(...) ante el silencio de la ley, es razonable pensar que son aplicables por analogía las disposiciones de los Tratados de Montevideo", inspiradoras de las soluciones del Apéndice y que constituyen la doctrina más recibida en Uruguay (art. 16 CC). Considera además que debe admitirse la capacidad adquirida, porque de lo contrario se incurriría en un círculo vicioso: si frente al caso de una persona que ha adquirido capacidad en el extranjero y como consecuencia de ello constituyó domicilio en Uruguay, sostuviéramos que es incapaz para constituir domicilio propio conforme al derecho interno uruguayo, esto implicaría que dicha persona conservaría su domicilio de origen (legal forzoso). Pero en dicho Estado la persona es capaz, conforme a su *lex domicilii*, con efecto extraterritorial.

513. Con respecto a la ley aplicable y a la jurisdicción competente en materia de tutela, el Código Civil establece que es competente para discernir la tutela, así como para dirigir todo lo relativo a ella, el juez del domicilio del menor, aunque los bienes estén fuera de su jurisdicción (art. 367). El menor no habilitado "(...) no tiene otro domicilio que el de sus padres, tutores o curadores" (art. 34). "La administración de la tutela discernida por los Jueces de la República, será regida exclusivamente por las leyes de este Código, si en la República existiesen los bienes del menor y si éste tuviese en ella su domicilio" (art. 382). Los artículos 458 y 459 regulan las curadurías especiales. Son competentes

para nombrar curador *ad litem* los jueces que conocen en el juicio de que se trate (art. 459).

514. En Uruguay la mayoría de edad o capacidad civil se adquiere a los 18 años (art. 280 inc. 2 del CC, texto dado por el art. 1° de la Ley N° 16.719, del 11/10/1995). La emancipación y habilitación de edad reguladas en el CC son categorías que, a excepción de la habilitación por matrimonio (art. 283), han sido tácitamente derogadas por la Ley N° 16.719, ya que al haber ésta fijado la mayoría de edad a los 18 años, carece de sentido que sigan existiendo dichos institutos, "que implican un estatuto menor de capacidad que el que se logra a los 18 años al adquirir la capacidad plena" (Martínez). La habilitación por matrimonio opera en forma automática por efecto de la ley, por el solo hecho del matrimonio válido de los menores y es irrevocable. Subsistirá aunque el matrimonio se disuelva por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos, antes de cumplir 18 años (art. 305 CC). Esta habilitación puede operar respecto de menores de 18 años, que tengan la edad mínima exigida por el art. 91 CC para contraer matrimonio: catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer. La habilitación pone fin a la tutela del menor, quien podrá realizar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de edad, excepto aquellos actos u obligaciones que una ley expresa lo declare incapaz (arts. 306 y 307 CC). Así por ejemplo, un menor habilitado no puede estar en juicio sin curador *ad litem* (art. 309). Tampoco puede, sin autorización judicial y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar sus bienes raíces, hacer donaciones, aprobar las cuentas de su tutor, contraer deudas que pasen el valor de 500 Unidades Reajustables, vender los fondos o rentas públicas que tuviese, ni las acciones de compañías de comercio o de industria, hacer transacciones, ni sujetar sus negocios a juicio arbitral (art. 310). Tampoco puede ser albacea (art. 967).

B) Personalidad

515. En el derecho uruguayo no existen disposiciones específicas de DIPr sobre la personalidad. El Código Civil contiene una norma material, el art. 21, que establece: "Son personas todos los individuos de la especie humana (...)". Pero existen ciertas incapacidades jurídicas o de

derecho establecidas por el propio legislador: es incapaz para suceder o recibir legados "(...) el que no estuviere concebido al *tiempo de abrirse* la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable (...)" (art. 835.1 CC), esto es, "de vida y que haya vivido veinticuatro horas naturales" (art. 216.3 CC). Conforme al art. 2400 CC, todas las cuestiones relativas a la existencia o capacidad de derecho de una persona para ser heredero o legatario en una sucesión abierta en Uruguay se regirán exclusivamente por la ley uruguaya (Alfonsín). Las incapacidades jurídicas no son subsanables a través de la representación. Así por ejemplo, si una persona concebida al tiempo del fallecimiento de su padre nace viva pero no vive veinticuatro horas naturales, carece de capacidad jurídica para suceder; es persona, es sujeto de derecho, pero tiene una limitación concreta en su capacidad de ejercicio (Carozzi).

C) Ausencia

516. Por analogía con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (art. 57) la doctrina ha considerado que son competentes los jueces uruguayos para conocer en el procedimiento de ausencia si el presunto ausente tuvo su último domicilio en Uruguay. Éstos aplicarán la ley uruguaya, que sólo prevé como pronunciamiento final la declaración de ausencia. Las autoridades uruguayas serán competentes para "decretar las medidas locales originadas por una declaración de ausencia pronunciada en un procedimiento de ausencia extranjero, con tal que haya sido dictada por la judicatura del *último domicilio conocido* del ausente y con arreglo a la ley de ese lugar". Los efectos locales "no pueden ser otros que los previstos por los arts. 61 y siguientes de nuestro Código Civil" (Alfonsín).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en el caso 400 y casos 283 y 326, Tribunal Familia 2°, núm. 48, 14/5/1992 (jueces: Lombardi, Fernández Sosa, Calzada, Barnech –discorde–), sosteniendo la competencia de los tribunales uruguayos para conocer de la declaración de ausencia de una persona que siendo menor de edad y estando domiciliado en Uruguay, viajó a Argentina. El tribunal entendió que dicha persona mantuvo su domicilio en Uruguay, donde vivían quienes ejercían la patria potestad (art. 7 TMDCI 1940), siendo éste su último domicilio conocido (caso citado por Arrighi).

Bibliografía complementaria

ARRIGHI, P.F., "Jurisprudencia uruguaya actual de derecho internacional privado. Derecho civil internacional", *RUDIP*, 2, 1997, p. 101; CAHALI, Y.S., *Divórcio e separação*, San Pablo, RT, 1994; CAMBI, E., "Foro privilegiado da mulher, isonomia constitucional na sociedade conjugal e processo civil", *Revista de Processo*, núm. 83, pp. 186 ss.; CIURO CALDANI, M.A., "Los perfiles de la persona en el derecho internacional privado argentino", *Investigación y docencia*, N° 7, 1988, pp. 49-53; CIURO CALDANI, M.A., "Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el derecho internacional privado", *AADI*, IX, 1999, pp. 45-49; CÓRDOBA, S., "Punto de conexión domicilio", *RAEU*, vol. 76, n° 7-12, 1990, pp. 203-210; FERMÉ, E.L., "El nombre de las personas físicas en el derecho internacional privado", *AADI*, IX, 1999, pp. 23-43; FERREIRA, S. de A., "A competência internacional da justiça brasileira e o foro nas ações de desquite", *Revista Forense*, 1974, vol. 246, 1974, pp. 295 ss.; FORNER I DELAIGUA, J.J., *Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional*, Barcelona, Bosch, 1994; Fresnedo de Aguirre, C. / Noodt Taquela, M. B., "Circulación de personas físicas y capacidad para contratar en el MERCOSUR. Importancia de la residencia habitual", Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga. Compilación a cargo de Augusto Durán Martínez, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, Ed. Amalio M. Fernández, 2000, p. 155; HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., "El domicilio de las personas físicas en el DIPr actual", *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Addendum 2001, pp. 147 ss.; LARA AGUADO, M.A., *El nombre en derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998; MAGALHÃES, J.C., Competência internacional do juiz brasiliero e denegação de justiça", RT, N° 630, pp. 52 ss; MESQUITA, J.I.B. de, "Da competência internacional e dos princípios que a informam", *Revista de Processo*, N° 50, pp. 52 ss.; MOREIRA, J.C.B., "Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro", *Revista de Processo*, N° 7-8, pp.53 ss.; MORI, C.C. / NASCIMENTO, E.B., "A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro", *Revista de Processo*, N° 73, pp. 83 ss.; NERY, N.J. / NERY, R.M.A., *Código de processo civil comentado*, 3ª ed., San Pablo, RT, 1997; SAMPAIO, P., *Validade das sentenças de divórcio no direito brasileiro*, Río de Janeiro, Forense, 1973; TÁLICE J., "Interpretación e integración de las normas de DIPr", *RUDI*, núm. 3, 1974; TELLECHEA, E., *Personalidad y capacidad de las personas físicas en el derecho internacional privado*, Montevideo, AUMATI, 1983; VVAA, "Capacidad disminuida. Su problemática", *Rev. Urug. Der. Const. Pol.*, Serie Congresos y Conferencias, núm. 19, 1998.

Capítulo 14

Personas jurídicas

Cláudia Lima Marques y Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Problemática de la ley personal de las personas jurídicas

1. Nociones generales

517. En la familia romano-germánica de derechos estamos acostumbrados a pensar el derecho en tres divisiones básicas, tres divisiones normalmente presentes en la parte general de los códigos civiles: personas, cosas y actos / hechos jurídicos. Las personas son sujetos de derecho en general. Las cosas son objetos de derecho. Los hechos jurídicos son aquellos hechos o actos que crean, modifican o extinguen derechos, son los hechos jurídicamente relevantes, que entran en el mundo del derecho y lo modifican, son los hechos de la vida, sin participación decisiva de la voluntad humana y actos humanos jurídicamente relevantes.

En el DIPr, esta división tripartita tiene reflejos desde las teorías estatutarias, determinando así los tres estatutos básicos: estatuto personal, estatuto real y estatuto mixto. El estatuto personal es el conjunto de derechos y deberes, conjunto de normas y leyes que acompañan a la persona desde su nacimiento hasta la muerte, en su vida de relación. Ser persona es un absoluto (*quid*) reconocido por un orden jurídico. La persona es, sin embargo, un concepto jurídico que no se confunde con el individuo, hombre o mujer, concepto biológico-psicológico (Paiva), hay también una persona jurídica o moral. En tanto el nacimiento de una persona física es un hecho natural, siendo hoy automático el reconocimiento de su personalidad, la persona jurídica no nace a través de un fenómeno de la naturaleza, pero sí por voluntad humana. La persona ju-

rídica es creada a través de un acto jurídico *inter vivos* o *mortis causa*, a través de la elaboración de un contrato o estatuto social y las demás formalidades exigidas para su constitución.

Así, mientras que todo ser humano es considerado hoy persona y sujeto de derecho, diversa es la situación de la persona jurídica, ya que ésta es siempre "reconocida" como persona por un ordenamiento jurídico específico, y a partir de ese momento pasa de ente despersonalizado a sujeto de derecho y obligaciones. Destácase aquí este vínculo básico y decisivo entre la persona jurídica y la ley: por fuerza de la ley este contrato de sociedad, en verdad un negocio jurídico, este grupo de personas diferentes (socios y asociados), estas cosas, esto es el grupo de bienes (por ejemplo, en una fundación) será considerado una persona, con personalidad diferente de la de sus socios y asociados, será tratado como sujeto de derecho, persona, no objeto de derecho o cosa, no como acto jurídico.

518. En derecho civil se defendió que las personas jurídicas eran "ficciones legales", se hicieron analogías a las personas físicas, se afirmó que la personalidad de la persona moral varía de la personalidad de sus socios, etc. Hoy consideramos que la persona jurídica es una realidad, con personalidad y patrimonio diferente de sus socios, guiada por la voluntad expuesta en su estatuto o contrato societario, con capacidad de derecho y finalidad propia, limitada por los parámetros generales del derecho. Este vínculo estrecho, "originario" y decisivo entre una ley y la persona jurídica creada sobre la base de esta ley, tendrá fuertes reflejos en el DIPr. Así, de las afirmaciones iniciales según las cuales las personas jurídicas no podrían actuar extraterritorialmente porque serían ficciones de "otra" ley, se ha pasado a las actuales teorías sobre la necesidad de reconocimiento extraterritorial de estas "realidades", de estas personas jurídicas creadas legalmente en otros Estados (Romero del Prado).

Las personas jurídicas "nacen" o son creadas con una finalidad específica, para ejecutar alguna actividad o negocio, que solamente la asociación de personas o bienes será capaz de realizar. Son así conjuntos de personas (sociedades y asociaciones civiles y comerciales) y conjuntos de bienes (fundaciones) destinados a un fin social o comercial. Cada vez más, así como sucede con las personas físicas, estas actividades o estas finalidades sociales y comerciales son realizadas también ex-

traterritorialmente o fuera del territorio del país donde se constituyeron inicialmente estas personas jurídicas y donde les fue reconocida la personalidad jurídica (Romero del Prado).

El reconocimiento de una persona jurídica para sus actividades extraterritoriales está así íntimamente ligado y dependerá del reconocimiento que le fue otorgado por el sistema jurídico de un determinado país, del país donde se forma, donde nace, donde "adquiere" la personalidad jurídica. Reconocida por una ley, la persona jurídica pasa, en regla, a ser universalmente reconocida. Es importante destacar que para los fines del funcionamiento en otros países, podrán ser agregados requisitos suplementarios, que se sumarán al reconocimiento básico de la persona jurídica.

Normalmente hay tratamiento diferenciado para el caso de que la persona jurídica sea de derecho privado o de derecho público, órgano estatal "extranjero". Hay también entre los países del MERCOSUR los que distinguen entre personas jurídicas con finalidad de lucro y de actividad profesional (sociedades mercantiles) y las personas jurídicas con finalidades civiles (asociaciones, fundaciones y hoy las cada vez más importantes organizaciones no-gubernamentales, que por ejemplo en Brasil poseen forma societaria y ley especial).

No sólo la existencia, la capacidad, el reconocimiento y el funcionamiento de las personas jurídicas, sino también su representación, merecen la atención del DIPr. Hoy, en el mundo globalizado actual, no sólo las personas jurídicas nacionales pueden tener contactos o comercio extraterritorial, muchas personas jurídicas extranjeras pueden y quieren comerciar o también establecerse y abrir filiales o tener representantes en los países del MERCOSUR. Con la liberización del comercio internacional y la creciente regionalización económica, hay una tendencia o vocación internacional para la actividad empresarial y el comercio interregional, el cual se hace sustancialmente a través de relaciones jurídico-patrimoniales entre personas jurídicas, sea a través de contratos internacionales, de la adquisición de derechos reales, del registro y utilización de propiedad industrial, de inversiones extranjeras en actividades de concurrencia, con reflejos en materia de quiebras y concursos. Las personas jurídicas son sujetos activos y pasivos de varias relaciones y situaciones atípicas o heterogéneas, esto es, con elementos de extranjería o internacionales.

En resumen, persona jurídica es aquel sujeto de derecho creado por un acto de voluntad de uno o muchos, conjunto de bienes y esfuerzos destinados a realizar un fin social útil, creación de un ente diferente de sus socios, con personalidad propia y con patrimonio propio afectado para determinado fin. Todos los países del MERCOSUR reconocen personalidad a la persona jurídica como sujeto de derecho y obligaciones en la sociedad. Los sujetos activos (y pasivos) del DIPr son, pues, las personas físicas y las personas jurídicas, éstas divididas en personas de derecho privado (asociaciones, sociedades, fundaciones) y personas de derecho público, interno e internacional. Nos interesan especialmente aquí las personas jurídicas de derecho privado que, a su vez, se subdividen entre aquellas dedicadas al comercio, normalmente denominadas sociedades comerciales o mercantiles y las sin fines lucrativos, sociedades civiles (asociaciones, fundaciones, etc.).

519. Como observamos anteriormente, los países del MERCOSUR tienen tradición en tratar diferentemente en DIPr, y con mayores exigencias y reglas, las personas jurídicas de derecho privado que persiguen lucro (sociedades mercantiles), de las sin fin lucrativo. Véase como ejemplo, la elaboración de dos diferentes convenciones interamericanas en el seno de la CIDIP para regular, una la existencia y capacidad de las personas jurídicas de derecho privado en general (CIDIP III, 1984) y otra específica y anterior para regular la ley aplicable a las sociedades mercantiles (CIDIP II, 1979). Hay buenos argumentos para tratar de forma más exigente esta categoría especial de personas jurídicas que actúan profesionalmente en el comercio, pues las personas jurídicas son –por definición– entidades con existencia y responsabilidad propia, distinta de las de sus socios, miembros o fundadores (art. 1°, Convención sobre personas jurídicas), son sujetos de derechos autónomos, los cuales responderán con su patrimonio propio y según una determinada ley para los actos extraterritoriales que realicen. Es determinante, pues, resolver qué ley regulará a estas personas jurídicas, cuál será la denominada "ley personal" de las personas jurídicas.

La problemática de la ley personal de las personas jurídicas se localiza justamente en estas diferencias intrínsecas entre las personas jurídicas y las personas físicas, que se multiplican y causan inseguridad en cuan-

to a la actuación extraterritorial de las sociedades y asociaciones. Específicamente en DIPr, la dificultad se concentra en determinar un elemento de conexión para estos sujetos, una vez que tanto el domicilio cuanto la nacionalidad no están perfectamente adecuados a conectar estos sujetos de derecho, a no ser que dichos términos reciban nuevos significados: así, el domicilio puede ser la "sede de la persona jurídica", mientras que la nacionalidad sería apenas un vínculo jurídico y de "fidelidad" de la persona jurídica, determinado expresamente por la ley y no un vínculo político-jurídico como en el caso de las personas físicas, que hacen naturalmente parte del pueblo de un "Estado-Nación".

El autor del CC brasileño de 1916 afirmaba categóricamente a principios del siglo XX que: "las personas jurídicas no pueden tener un estatuto personal diferente del de las personas físicas", reconociendo, sin embargo, que el tema es polémico y las opiniones siempre divergentes (Beviláqua, 1906). En América Latina, la polémica en cuanto a las personas jurídicas se concentró en la determinación de su ley personal, usada para regular el reconocimiento y la capacidad de derecho de las mismas, siendo que la capacidad de ejercicio (extraterritorial) de estos sujetos de derecho está muchas veces sometida a exigencias múltiples, autorizaciones, hasta verdaderas "nacionalizaciones" forzadas de estas sociedades extranjeras.

Efectivamente, en el siglo XIX, los autores tenían dificultad para aceptar que las "personas morales", consideradas entonces –por influencia de Savigny– ficciones legales, tuviesen un estatuto personal propio que las acompañase en sus actividades extraterritoriales o que a ellas fuese aplicada cualquier ley extranjera antes de su "autorización" para actuar en el país, a ser reconocida por el gobierno (Pimenta Bueno, 1863). Hoy ya no hay duda en cuanto a la necesidad y posibilidad del DIPr de indicar una ley aplicable para regular la constitución y actuación de las personas jurídicas territorial y extraterritorialmente, pues en la sociedad actual globalizada estas sociedades transnacionales (Baptista) son agentes económicos poderosos y en gran número dominan el comercio internacional. La propia expresión "empresa transnacional" es usada por la ONU (Res. 3281, 12/12/74) y por la OEA (Res. AG/167-IV-0/1974, 1/05/1974), así como en la mayoría de los países latinoamericanos (Solares Gaite y Salum-Flecha). El comercio internacional actual es dominado por estas personas jurídicas, empresas multinacionales o transnacionales. Hoy to-

dos los países del MERCOSUR y varios tratados internacionales determinan la ley personal de las personas jurídicas a pesar de las dificultades prácticas y teóricas (doctrinales) para determinar qué ley rige cuando una conjunción organizada de "esfuerzos y riquezas de personas físicas tiene personalidad jurídica" (Galino).

Podemos, pues, dividir en dos grupos los problemas identificados históricamente y que hoy reciben tratamiento más pragmático. La primera cuestión (epígrafe 2) es, por lo tanto, determinar esta ley personal de las personas jurídicas, regulando así su capacidad de hecho y de ejercicio. Esta denominada ley personal, al igual de lo que ocurre con las personas físicas, debe ser determinada por el DIPr. Tenemos aquí un problema de determinación activa del DIPr, pues el aplicador de la ley busca en sus normas de DIPr la ley indicada aplicable, la cual promoverá el "nacimiento" o reconocimiento de la persona jurídica o, para algunos, determinará la "nacionalidad" de la persona jurídica y regulará su actuación territorial y extraterritorial. Se trata pues, del problema de determinación por el juez nacional de la ley personal y del campo de aplicación de esta ley personal de las personas jurídicas.

Hay, sin embargo, un segundo grupo de problemas que se distingue del primero, pues aquí la función del DIPr será pasiva o de mero reconocimiento de efectos y derechos adquiridos por la aplicación de otra ley. En este segundo grupo de problemas, se reconoce personalidad y capacidad de ejercicio de sociedad o persona jurídica constituida sobre la base de una ley determinada y que actúa extraterritorialmente en otro país (epígrafe 3). También aquí es posible tratar dos temas, el reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras en general, y sus derechos y deberes cuando actúan extraterritorialmente y cuando desean establecerse o abrir filial en aquel nuevo país, problema muchas veces constitucional o de condición jurídica de los extranjeros en general, incluyendo allí a las personas físicas extranjeras.

2. Determinación de la ley personal o ley de la "nacionalidad" de la persona jurídica

520. La ley personal es definida por la doctrina como aquella ley que debe regular la constitución, organización, funcionamiento y extinción

de las personas jurídicas, acompañando y regulando sus actos, donde quiera que éstos sean practicados, semejante a lo que ocurre con el estatuto de la persona física. En el caso de la persona jurídica, la ley personal o *lex societatis* regula todo su ciclo vital, la constitución, las actividades y su disolución; (la expresión *lex societatis* es más usada en los países de lengua hispana para designar la ley personal de las sociedades mercantiles y menos usada en Brasil, motivo por el cual privilegiamos aquí la expresión más genérica, ley personal).

En cuanto a la determinación de la ley personal de las personas jurídicas no hay solución uniforme, ni en la dimensión convencional, ni en la dimensión interna. En verdad hubo en América Latina una evolución cíclica. Así como en materia de ley aplicable a las personas físicas se planteó la discusión entre la nacionalidad y el domicilio, aquí se discutió por mucho tiempo si debíamos priorizar el origen, y por lo tanto el lugar de constitución, o la voluntad manifestada al determinar la sede de la persona jurídica o su domicilio comercial. En esta evolución identificamos en los diferentes países la presencia de todas las teorías conocidas en DIPr sobre la personalidad (existencia) y capacidad de derecho de las personas jurídicas, conocidas normalmente como teorías sobre la determinación de la ley aplicable o teorías sobre la "nacionalidad", a saber: criterios de la sede social, de la incorporación y del control accionario. Estos criterios doctrinales y legales, son los que permiten establecer el vínculo de estas personas jurídicas con los países, su fidelidad a los intereses estatales, su participación en el mercado nacional y, para nuestro estudio lo más importante, su ley personal. Estas teorías son:

521. La teoría de la incorporación, que considera aplicable a la existencia, personalidad y capacidad de la persona jurídica la ley del lugar de su constitución o incorporación en el ordenamiento jurídico como sujeto de derecho diferente de sus socios y del patrimonio (cosas) que la compone. Esta teoría prioriza el origen de la persona jurídica, aplicando la ley del país de su creación, donde ella se constituyó, pero prevé excepciones para la apertura de filiales o agencias en países extranjeros (ver ejemplo en el art. 11.1 LICC de Brasil, 1942). Y también puede ser usada para determinar la nacionalidad de la persona jurídica, como aconteció en Brasil hasta 1942. En resumen, las personas jurídicas ostentarían

la "nacionalidad" del Estado que las autoriza o apruebe, país cuyas normas obedecerán al constituirse (simple creación) y al registrarse en el registro mercantil o de sociedades (se usa entonces el término inglés que da nombre a la teoría: *incorporation*).

La crítica que se hace hoy a esta teoría es la posibilidad de elección de países oasis, como –en el ámbito americano– Panamá y varios Estados y territorios del Caribe anglófono, y la creación de falsas personas extranjeras (*pseudo-foreign-corporations*) para permitir la salida de inversiones y el fraude fiscal. El Tribunal de Justicia de la UE dictó el 9 de marzo de 1999 una controvertida sentencia (*"Centros"*) que convalidó la constitución en Gran Bretaña de una sociedad destinada a operar exclusivamente en Dinamarca y constituida por ciudadanos daneses que buscaban escapar a la aplicación de las normas societarias de su país, mucho más exigentes que las británicas; el argumento fue la vigencia de la libertad de establecimiento como principio básico del derecho comunitario, el cual obliga a reconocer a las empresas extranjeras que se hayan constituido válidamente en otro país comunitario.

522. Las teorías de la sede, que son varias y consideran aplicable a las personas jurídicas la ley del país donde se encuentra actualmente la sede, sea el país de la sede principal de actividad de la empresa (centro de explotación), sea el país donde se localiza la sede social (sede real o la mencionada en el estatuto), sea el país de la sede ejecutiva, sede de decisiones, donde está la "dirección principal" de la sociedad. Estas teorías también consideran a las filiales, agencias y sucursales como sedes de ejercicio, pasando a aplicar la ley del país donde está localizada la filial de la persona jurídica. Estas teorías tuvieron gran éxito, en el espacio hispanoamericano y sirven para definir el domicilio de la persona jurídica. La persona jurídica estaría así domiciliada en el lugar donde funciona o en el lugar de su sede.

Cuando decimos que la sede de la persona jurídica también puede servir para definir su domicilio, estamos diciendo que puede ser usada en DIPr como punto de conexión. Por ejemplo, el TMDCI (1940), que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay, opta por este elemento de conexión único, el "domicilio" de las personas jurídicas de carácter privado (art. 4) para regular su existencia (personalidad) y capacidad de hecho

(de ejercicio). El art. 10 establece: "Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios (...)". El TMDComT adopta una solución semejante, estableciendo como punto de conexión único el "domicilio comercial" (art. 8), definido también como "el lugar en donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios" (art. 3), para regular la capacidad de derecho y de hecho de las personas jurídicas.

523. Para las teorías sobre el control accionario la ley aplicable a la persona jurídica sería aquella de la nacionalidad (a veces también del domicilio) de los socios controladores (o propietarios del capital social) de la persona jurídica. El control accionario es muchas veces usado en las Constituciones como criterio para definir la nacionalidad de la persona jurídica, pues indicaría su "fidelidad" o vínculo más estrecho al país de origen de su socio controlador. Se puede tratar de un control administrativo (quien realmente decide) o de un control financiero (quien detenta el mayor poder financiero en la empresa). Se trata, sin embargo, de una visión simplista de las personas jurídicas, como instrumentos de realización no del fin social, sino de las preferencias, fidelidades e intereses únicamente de los socios controladores, imaginando también que estos socios estarían dominados por los vínculos personales jurídico-políticos que les impondría su nacionalidad. Esta visión está evidentemente superada hoy por la fuerza y mundialización de las personas jurídicas, algunas más poderosas que muchos Estados, y por la constante modificación de los controles societarios en la actual fase de fusiones, incorporaciones y *joint-ventures* internacionales, lo que situaría a la ley aplicable a la persona jurídica en un ámbito de gran incertidumbre.

Estas teorías fueron utilizadas prioritariamente en Brasil, donde prevalecían las teorías sobre la nacionalidad de la persona jurídica en virtud de los antiguos arts. 19 y 21 de la Introducción al CC en su versión de 1916. Esta teoría sirve en la práctica para definir como extranjera a una persona jurídica controlada por extranjeros, de manera de poder tratarla de forma diferenciada (condición jurídica del extranjero). Puede también servir para discriminaciones como "nacionalizaciones" forzadas, expropiaciones o confiscación de bienes de personas jurídicas extranjeras, especialmente en tiempos de guerra o conflictos, como acon-

teció en Brasil y en Argentina a fines de la Segunda Guerra Mundial (Dolinger, Weinberg). Aún hoy el criterio del control social es utilizado acumulativamente a los otros criterios en derecho material interno para establecer reglas sobre la condición del extranjero, esto es, condición de la persona jurídica extranjera y/o de la persona jurídica nacional de capital extranjero: lo que ella puede adquirir, qué actividad puede o no realizar, cuáles son las reservas para las personas jurídicas nacionales, cuáles las discriminaciones internas que sufrirá, etcétera.

524. Los países del MERCOSUR no estuvieron pues aislados de la discusión mundial sobre los criterios de determinación de la ley personal de las personas jurídicas. En Brasil, por influencia portuguesa y del Código Bustamante, el instrumento de esta evolución fue la discusión sobre la "nacionalidad" de las personas jurídicas extranjeras y sus criterios.

El campo de aplicación de la ley personal de las personas jurídicas tampoco es pacífico entre los países del MERCOSUR. Comenzando por el hecho de que la mayoría de los países, a excepción de Brasil, distinguen entre ley personal para las personas jurídicas civiles y para las con fines comerciales, esto, por influencia histórica de los TM de 1889 (ver Cap. 31).

Cierto es que la ley personal de la persona jurídica determina inicialmente su constitución o existencia, esto es, si ésta tiene o no personalidad jurídica. En otras palabras, determinará si este agrupamiento de personas o bienes destinados a una finalidad común (asociación, sociedad o fundación) es o no un sujeto de derecho con personalidad diferente de la de sus socios y puede actuar en un Estado como titular de derechos y obligaciones. La ley personal determina, pues, el nacimiento y la existencia de la persona jurídica, pero puede determinar también los atributos de esta personalidad, como el nombre de la sociedad, objeto social, definición de sede y duración de la empresa, forma jurídica, composición social, órganos y sus funciones, representación, suscripción de capitales, división de beneficios y de responsabilidades, y aun su disolución, motivos y formas.

Si la persona jurídica existe como sujeto de derecho, de esta personalidad (*quid*) nace el reflejo o atributo de ser capaz. La capacidad de derecho es un atributo esencial de las personas (físicas y jurídicas), es la ap-

titud de ser sujeto de derecho. La capacidad de hecho es la medida (*quantum*) de esta aptitud, aptitud de ejercer por sí sola (representada o auxiliada) los actos de la vida civil (Beviláqua). Sendos arts. 4 de los TMDCI (1889 y 1940) especifican que la ley personal regula la "existencia y capacidad" de las personas jurídicas de carácter privado, regulando de modo diferente el ejercicio habitual de actos de comercio. Así también determina hasta hoy el derecho brasileño (art. 11 LICC), por influencia del Código Bustamante (arts. 33 y 34): la ley personal regula la existencia y el funcionamiento de las personas jurídicas.

525. El tema no es pacífico en el MERCOSUR, pues el derecho interno argentino regula de forma diferente la existencia y la capacidad de las personas jurídicas. La *lex societatis*, "ley del lugar de constitución", regularía sólo la existencia (nacimiento, incorporación) y la forma de la persona jurídica, así como las relaciones de los socios entre sí y la representación de la persona jurídica. De modo diferente, la capacidad de ejercicio sería regulada por la ley del "domicilio de las personas jurídicas", definida por la teoría de la sede, tanto en el art. 44 CC argentino, como en art. 10 del TMDCI (1940). En el derecho brasileño, al contrario, hay un solo elemento de conexión para regular la existencia (personalidad) y la capacidad (capacidad de ejercicio), luego, una sola ley personal (el ya mencionado art. 11 LICC) con campo de aplicación más amplio. Hay excepción en los casos de apertura de filiales, agencias o establecimientos en Brasil, regidos por la norma especial unilateral del art. 11.2 LICC, que determina la aplicación de la ley brasileña.

Es oportuno aclarar que en Brasil la expresión filial no se entiende referida a una nueva persona jurídica constituida en otro Estado distinto al de la matriz, sino a lo que se conoce como sucursal en los demás países del MERCOSUR, esto es, una representación permanente de la misma persona jurídica constituida en el extranjero, que tiene facultades para obligarla frente a terceros.

En otras palabras, el alcance de la ley personal puede ser vasto o no, en el caso de las personas jurídicas. La *lex societatis* puede regular el ejercicio y goce de derechos (funcionamiento), así como su nacimiento en cuanto sujeto de derecho (constitución) y aun su reconocimiento en cuanto persona jurídica extranjera, además de regular su forma y disolución.

Nótese, además, que no hay consenso en los países del MERCOSUR sobre cuál sería el alcance de esta ley, pues en la mayoría de las normas de conflicto nacionales este alcance está limitado de forma diferente. La ley argentina especifica que "la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de su constitución" (art. 118, Ley de Sociedades Comerciales, 19.550 de 1972), la norma uruguaya menciona la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, pero no menciona la forma (art. 192, Ley de Sociedades Comerciales, 16.060/1989). La regla paraguaya incluye "existencia" y "capacidad" y elabora una norma especial sobre forma (arts. 1196 y 1197 CC de 1985). Por su parte, la ley brasileña antes mencionaba la capacidad (antiguo art. 21 de la Introducción al CC de 1916), pero ahora ya no, refiriéndose a la ley aplicable a las sociedades como "la ley del país donde se constituyeren" (art. 11 LICC).

3. Reconocimiento y funcionamiento de las personas jurídicas extranjeras

526. Sencillo sería si la ley personal, como regla, regulase también el reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras extraterritorialmente. En verdad, el tema es más complejo y necesita un estudio más detallado, pues la propia necesidad de reconocer una persona jurídica extranjera en otro país significa, en la práctica, la existencia de un punto de contacto intenso entre esta persona jurídica y el ordenamiento jurídico de este país "acogedor". Este contacto normalmente abarca no sólo el reconocimiento de la personalidad de esta persona jurídica (existencia de un sujeto de derecho) sino también su actuación (funcionamiento), la creación de obligaciones, deudas o créditos, las cuestiones relativas a los registros de propiedad intelectual, la violación de normas imperativas, como las de consumo, de competencia o ambientales (y las responsabilidades resultantes de dicha violación), la posibilidad de actuar en juicio activa o pasivamente (capacidad para el proceso civil internacional), y aun la eventual obligación de establecer representantes autónomos, filiales o agencias en este país que la "reconocerá" como persona jurídica diferente de sus socios, con capacidad propia.

527. Dos son los problemas principales identificados por la doctrina. El primero es el de la posibilidad misma del reconocimiento, si hay una presunción general o no de reconocimiento, si hay necesidad de autorizaciones o aun de nacionalizaciones. El segundo es el de la ley aplicable a esta persona jurídica extranjera o reconocida, y su funcionamiento.

En cuanto al reconocimiento, la tradición en los países del MERCOSUR es de establecer que las personas jurídicas de derecho privado debidamente constituidas en su país de incorporación serán reconocidas sin mayores problemas. Se trata de una tendencia a favor del reconocimiento extraterritorial de estos entes formados sobre la base de otras leyes como sujetos de derecho. Ahora bien, hay que ver cómo se concreta dicha tendencia, ya que normalmente no llega ni siquiera a ser una presunción *iuris tantum*; no obstante, existiendo convenciones específicas, como la Convención de la CIDIP de 1984, puede llegar al grado de una presunción *de iure* o de pleno derecho. También habría que ver qué sucede con las instituciones desconocidas en los países del MERCOSUR, como la institución anglo-americana del *trust*, las que muchas veces pueden realizar funciones típicas de personas jurídicas. Ambos problemas encuentran solución solamente en convenciones internacionales específicas. La Conferencia de La Haya elaboró en 1956 una Convención sobre reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, que trata específicamente el tema: aunque fue aprobada por la Argentina (Ley 24.409/1994), nunca fue ratificada, ni ha entrado en vigencia en la esfera internacional, al 1°/12/2002.

En el derecho de los países del MERCOSUR la tradición es que la ley personal, esto es, la ley aplicable a una persona jurídica no es suficiente para asegurar que ésta podrá actuar, abrir sucursal, agencia o filial en otro país o realizar actos esporádicos de comercio, pues generalmente los puntos de contacto con el país de acogida son tan intensos, que los intereses de seguridad del mercado y la armonía en las decisiones internas llevan a aplicar la *lex fori* a estas personas jurídicas, o por lo menos a exigir el cumplimiento de determinados requisitos o imponer la aplicación acumulativa de la ley nacional, en algunos casos de contactos más intensos con el país de acogida. Aquí también antiguos criterios de derecho internacional, como la propia exigencia de reciprocidad o tratamiento recíproco en el país de origen de la persona jurídica extranjera,

criterio prácticamente proscrito en el DIPr moderno del MERCOSUR, pueden retornar, especialmente en materia de propiedad industrial y proceso civil internacional.

Se establece un límite entre el tratamiento (pasivo) de reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras que actúan esporádicamente en suelo nacional, por un lado, y el régimen jurídico al que se someten las personas jurídicas extranjeras que vienen aquí para negociar reiteradamente, por otro lado. Normalmente los Estados exigen "autorizaciones" para la apertura de filiales, agencias y establecimientos (ej.: art. 11.1 de la LICC brasileña) de todas las personas jurídicas. Incluso se suelen imponer exigencias especiales para algunas personas jurídicas que actúan en actividades comerciales consideradas de interés público, como bancos, aseguradoras, financieras y otras. Efectivamente, hay que distinguir entre el reconocimiento de la persona jurídica extranjera y su funcionamiento en nuestro territorio: en cuanto el reconocimiento resulta exclusivamente de la ley personal, pero para que las mismas puedan funcionar en el país normalmente se exigen autorizaciones o, en ciertos casos o para determinadas cuestiones, la aplicación de la ley nacional. Así, reconocida la personalidad de una persona jurídica extranjera, ésta podrá ejercer actividad esporádica en este país, aplicándose a su capacidad lo que dispusiere la *lex societatis* o ley personal. Pero, si esta persona jurídica desea ejercer actos más reiterados, o aun instalarse por medio de una sucursal, agencia o establecimiento, generalmente deberá someter sus actos constitutivos a las autoridades locales y pasa a estar sujeta, en cuanto a su capacidad, a la misma ley de las personas jurídicas "nacionales" en lo que atañe a su funcionamiento y a su capacidad de ejercicio.

II. Dimensión convencional americana

1. Tratados de Montevideo

528. Los TM se aplican a las personas jurídicas cuando éstas han sido constituidas en uno de los países signatarios del Tratado respectivo y pretenden realizar actos o establecer agencias o sucursales en el territorio de otro Estado parte de dicho Tratado (Terra Corbo). Los arts. 4 de

los TMDCI de 1889 y de 1940 regulan la categoría personas jurídicas, determinando en el propio texto el alcance extensivo del tipo legal, ya que hacen referencia a la "existencia y capacidad" de las personas jurídicas de carácter privado, como antes hemos señalado. Esta expresión comprende en primer lugar, la constitución de la persona jurídica, su existencia, "nacimiento", es decir, si esa sociedad es o no persona jurídica. En segundo lugar su vigencia, o sea, ¿sigue siendo persona jurídica o no? Refiere también a la disolución de esa persona jurídica (causales, forma, procedimientos, en qué momento se considera disuelta, etc.), su liquidación. O sea que todo lo relativo al "nacimiento, vida y muerte" de la persona jurídica, al principio y fin, está comprendido dentro del alcance extensivo de la categoría o tipo legal de la norma. En tercer lugar, refiere a todo lo que tiene que ver con la estructura orgánica interna de la persona jurídica: posibilidad de representación contractual, fiscalización interna, derechos y obligaciones de los socios, votos, relaciones entre los socios. Por último, refiere a cuál es el objeto de la persona jurídica, lo cual está establecido en su estatuto, y puede ser muy amplio, muy restringido, o toda la gama de posibilidades intermedias (Herbert).

Lo que no está comprendido dentro del alcance extensivo de la categoría personas jurídicas es toda el área de las relaciones con terceros, es decir, los negocios jurídicos que ésta realiza con terceros. Estas relaciones serán calificadas en sus correspondientes categorías. Así por ejemplo, cuando la persona jurídica compra un bien, esta relación jurídica es calificable en la categoría actos jurídicos (arts. 33 y ss. y 37 y ss. respectivamente de los TMDCI de 1889 y de 1940), pero no en la categoría personas jurídicas. Se trata en definitiva de un problema de calificación, que deberá ser resuelto conforme las reglas y principios propios de esta operación. Las obligaciones que la persona jurídica asume frente al Estado, controles fiscales, etc., tampoco están comprendidas en la categoría personas jurídicas (Herbert).

También están excluidas de la categoría las personas jurídicas de derecho público, las cuales se regulan en el art. 3 de ambos Tratados. El texto de 1889 refiere al Estado en su carácter de persona jurídica, y establece que éste "tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad a las leyes de este último". Alfonsín señala que esta norma reconoce implícitamente

que el Estado posee dos personalidades, una política o pública, y otra privada, y que sólo esta última puede tener eficacia extraterritorial conforme al art. 3, y siempre que exista conformidad por parte de las leyes del Estado en donde el otro pretende hacer uso de su personalidad. El Tratado de 1940 incluye además, a texto expreso, a las demás personas jurídicas de derecho público, las cuales "podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último". ¿Cómo debe interpretarse el silencio del Tratado de 1889 con respecto a las otras personas jurídicas estatales? De ninguna forma podría interpretarse como una inclusión implícita, tanto más cuando ningún delegado manifestó nada en este sentido; no obstante, las comunas, municipios, entes autónomos, etc., pueden actuar en otros países a través de la personalidad jurídica del Estado al que pertenecen (Alfonsín).

529. La persona jurídica es una creación legal, una ficción, por tanto requiere una norma que disponga hasta dónde alcanza su existencia. Es persona jurídica pero, ¿para qué? Ese para qué es el límite de su campo de acción, de sus posibilidades de actuar, el cual está dado en las normas y en su estatuto. O sea que la persona jurídica existe para algo. Sólo puede realizar las actividades que están dentro de su objeto (determinado en su estatuto), porque sólo existe para ello. Esto ha planteado en doctrina la discusión acerca de si existen o no diferencias entre capacidad y existencia con respecto a las personas jurídicas. Terra Corbo considera que son conceptos diferentes, y es partidaria por tanto de efectuar la distinción. Herbert por el contrario sostiene que con respecto a las personas jurídicas no son extensibles los conceptos de existencia, capacidad de goce y capacidad de ejercicio aplicables a la persona física. La existencia está ligada a la medida de capacidad (principio de la especialidad). A la persona jurídica se le reconoce su existencia por norma expresa, y la capacidad sería siempre una medida de la existencia. No se distingue capacidad de goce y capacidad de ejercicio: lo que hay es un *quantum* de capacidad. La persona jurídica por tanto puede actuar en la medida en que tenga personería, existencia, la cual es reconocida por ley, y puede tener límites legales, cosa que no puede ocurrir con la persona física.

Al margen de la posición teórica que se tenga a este respecto, hay algo que es indiscutible y que está establecido en la normativa, y es que la

persona jurídica no puede realizar actos que no estén comprendidos en su objeto, ni en el Estado de su constitución ni fuera de él, porque no tiene existencia a esos efectos. Tendrá en todo caso que constituir una persona jurídica diferente, porque la primera no existe a esos efectos. La persona jurídica tiene capacidad y existencia para aquello para lo que fue creada y podrá actuar en esa medida. No es comparable la capacidad de goce o de derecho de la persona física con la capacidad de la persona jurídica. La primera tiene capacidad de goce por el hecho de ser persona. La persona jurídica sólo existe en la medida en que haya sido reconocida como tal y a esos efectos; entonces la capacidad de la persona jurídica es una medida de su existencia (Herbert), la tiene en la medida en que exista para eso.

530. Una vez delimitada la categoría, ¿por qué ley se rige? El TMDCI de 1889 establece en su art. 4 que las personas jurídicas se rigen "por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales". Esta expresión ha sido interpretada por la doctrina como el Estado donde la persona jurídica se ha constituido, que es a la vez donde ha sido reconocida como tal (Alfonsín), lo cual parece surgir con claridad de la letra de la norma, aunque no la define a texto expreso. Bustamante Rivero aclara que la norma refiere "al país en el cual la persona jurídica pide su reconocimiento inicial".

El TMDCI (1940) en cambio adopta la conexión "país de su domicilio". Alfonsín, al igual que toda la doctrina uruguaya posterior, considera que el cambio introducido en la fórmula de 1889 vino a complicar la regulación de las personas jurídicas inútilmente. Se utilizó la conexión domicilio porque se entendió que las personas jurídicas debían tener un domicilio, y que debía ser el derecho de ese Estado el que las regulara. Pero esto en realidad no cambia las cosas, porque si no existe, la persona jurídica no puede tener domicilio, y ella adquiere domicilio en el lugar donde se constituye, por lo cual, en definitiva, la diferencia es terminológica pero no fáctica, porque en la realidad coincide el lugar geográfico. Es decir, el Estado donde la persona jurídica ha sido reconocida como tal, el de su constitución y el de su domicilio son el mismo. Sostiene Alfonsín que la interpretación no puede ser otra, porque si la persona jurídica se constituye en un Estado con la intención de establecer su do-

micilio en otro y ejercer allí su objeto, ello daría lugar a maniobras, a evasiones fiscales, etc. Ese es otro factor que fundamenta su interpretación de que las tres expresiones son equivalentes, y ésa ha sido en general la posición adoptada no sólo por la doctrina sino también por la jurisprudencia.

El art. 10 del Tratado de 1940 establece: "Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios. Los establecimientos, sucursales o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen". Según Boggiano, se trataría de domicilios especiales de los establecimientos, que no alterarían el domicilio de la persona jurídica en su asiento principal de negocios.

531. Esa persona jurídica, cuya existencia y capacidad se regula por la ley del Estado donde ha sido reconocida como tal (Tratado de 1889), es decir donde se constituyó, o por la ley de su domicilio (Tratado de 1940, con la precisión apuntada), ¿puede actuar fuera de las fronteras de ese Estado? ¿En qué medida? Surgen dos criterios tradicionales en la doctrina: el de la territorialidad y el de la extraterritorialidad. Conforme el criterio de la territorialidad, la persona jurídica no puede actuar fuera de fronteras; para hacerlo deberá constituirse en el Estado donde pretende actuar, como una nueva persona jurídica, conforme el derecho de este último, con un nuevo lugar de constitución, etc. Esta tesis llevada al extremo es bastante absurda del punto de vista del funcionamiento del *commercium internacional*. El criterio de la extraterritorialidad representa el otro extremo: la persona jurídica constituida en un Estado puede actuar fuera de fronteras. Esto choca con la facultad de los Estados de controlar y regular ciertos aspectos de las personas jurídicas extranjeras y de su actividad, y con la realidad: ningún Estado admite en forma irrestricta la actividad de las personas jurídicas extranjeras en su territorio. Siempre se establecen algunos controles, como el del orden público (ej.: que el objeto de la persona jurídica no contravenga principios de orden público internacional del Estado donde pretende actuar), requisitos de publicidad para que su existencia sea oponible a terceros (registro, etc.), etcétera.

La tercera posibilidad, intermedia, es la que adoptan los Tratados de Montevideo: la de la extraterritorialidad parcial. Se le reconoce persone-

ría a la persona jurídica extranjera, con el alcance que le dimos a la categoría, de acuerdo a la ley del lugar de su constitución, pero eso no significa, en principio, que pueda ejercer su objeto. La personería la habilita a realizar, conforme lo establecen las respectivas normas, "todas las acciones y derechos que les correspondan", no a realizar su objeto. En otras palabras, la persona jurídica reconocida como tal y regulada por la ley del Estado de su constitución, puede actuar fuera de fronteras, se le va a reconocer personería extraterritorial, pero sólo para realizar "las acciones y derechos que les correspondan". Esto incluye toda la actividad instrumental, accesoria al objeto, pero no el objeto mismo. Esta solución constituye un importante instrumento de continuidad.

Es necesario aquí precisar el concepto de actividad accesoria o instrumental a su objeto. Por ejemplo, si una persona jurídica extranjera quiere cobrar en Uruguay una deuda emergente del ejercicio de la actividad propia de su objeto en Argentina, se le reconocerá personería a esos efectos, por lo que podrá actuar como persona jurídica. Podrá entablar acción judicial, ejecutar la sentencia, etcétera.

La actividad *ultra vires* es aquella que no está comprendida en el objeto de la persona jurídica, y que tampoco es instrumental a ese objeto. En principio no la puede realizar ni dentro ni fuera del Estado de su constitución, porque no existe a esos efectos, no tiene capacidad para ello, o la medida de su capacidad se ve excedida por esa actividad. Si bien puede haber casos en que sea fácil identificar y clasificar este tipo de actividad, en otros puede ser difícil o al menos dudoso, porque hay personas jurídicas cuyo objeto se establece de forma muy amplia e indefinida en el estatuto.

532. Más discutido aun ha sido el concepto de "ejercicio habitual" de los actos comprendidos en el objeto de la persona jurídica, incorporado en el art. 4 del TMDCI de 1940, dada la importancia práctica que las consecuencias de las distintas interpretaciones tiene. El art. 4 establece que "(...) para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos". A *contrario sensu*, podría interpretarse que cuando se trata de la realización de un solo acto, un acto aislado, la persona jurídica extranjera no tendría que sujetarse a dicho requisito. ¿Debe medirse la habitualidad en función de la

cantidad de actos? Con este criterio, siempre que se realice más de un acto estaríamos dentro de la hipótesis de ejercicio habitual prevista en la norma, mientras que si se trata de uno solo, no. ¿Debe tenerse en cuenta la relevancia económica de los mismos? Si la persona jurídica extranjera pretende celebrar un único contrato, pero éste implica contraprestaciones de millones de dólares, lo cual evidentemente tendrá importantes repercusiones en la economía del país afectado, ¿podrá actuar sin necesidad de cumplir con la exigencia del art. 4? Otro problema es el de la extensión en el tiempo de los actos (propios de su objeto) que la persona jurídica pretende realizar. En principio, el criterio para determinar cuándo se trata de un solo acto o de varios puede ser la existencia o no de unidad intencional (Herbert).

Una vez determinado si se trata de un acto propio de su objeto, y si se trata de un acto aislado o de ejercicio habitual del mismo, corresponderá o no sujetarse "a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos". Si resulta aplicable el Tratado de 1889, deberá cumplir dicho requisito aunque se trate de un único acto aislado; si resulta aplicable el Tratado de 1940, en principio sólo deberá cumplirlo cuando se trate de ejercicio habitual de esos actos, con las aclaraciones antedichas. Si la persona jurídica constituida en el exterior se propone realizar actos de su objeto en el país, dice Alfonsín, "debe obtener la admisión territorial para formalizar el contrato, a menos que las obligaciones que contrae por obra del contrato no supongan ejercicio habitual de su objeto, pues para el ejercicio aislado, accidental o esporádico, tampoco requiere admisión territorial". Alfonsín critica este criterio, que llama "cuali-cuantitativo", sosteniendo que "nada hay más indefinido que la habitualidad, concepto cuya variable comprensión puede servir para abrir imprudentemente las puertas de nuestro territorio a la invasión encubierta de las personas jurídicas constituidas en el exterior".

Opertti, por su parte, sostiene que el concepto de habitualidad no refiere a la repetición de actos, sino que tiene que ver con el ejercicio habitual por parte de la empresa de aquella actividad que constituye su objeto, conforme a su estatuto. Esta interpretación implica que si la persona jurídica constituida en el exterior pretende ejercer en el país la actividad propia de su objeto que constituye su actividad habitual, deberá someterse a las leyes de la República. En conclusión, conforme a su

interpretación, la consecuencia práctica de las normas que refieren al ejercicio de actos propios del objeto, y aquellas que refieren a su "ejercicio habitual", sería básicamente la misma: en ambos casos la persona jurídica debería someterse "a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos".

533. Ahora bien, ¿qué significa someterse "a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos"? En este punto habrá que estar, según esta regla indirecta, a lo que establezcan las normas de cada Estado en materia de personas jurídicas, aunque no en cuanto a los actos que éstas intenten realizar (Alfonsín), ya que éstos quedan involucrados en otras normas de conflicto. En Uruguay había un vacío legal, ya que no existía ninguna norma que reglamentase qué implicaba someterse la persona jurídica a las leyes del Estado donde iba a ejercer su objeto. "Este vacío fue llenado por la práctica administrativa con indudable acierto", sostuvo Alfonsín, haciendo referencia a la que se desarrolló a partir de la vista del fiscal Luis Varela, del año 1909. Actualmente existen algunas soluciones normativas, complementadas con la necesaria jurisprudencia administrativa (ver *infra* punto III.4).

2. Código Bustamante

534. El Código Bustamante admite la extraterritorialidad del Estado en su carácter de persona jurídica con las restricciones que puedan establecer los derechos locales (art. 31), así como también la de las corporaciones, fundaciones, asociaciones (art. 33), sociedades civiles, mercantiles o industriales (art. 34), según la clasificación de personas jurídicas que adopta el Código. Somete "la capacidad civil de las mismas cuando pretendan actuar en país extranjero, a la ley que las hubiere creado o reconocido, que será su ley nacional" (Romero del Prado). Es decir que, en principio, la capacidad civil de las personas jurídicas se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido, es decir, por la ley del lugar de su constitución, con las restricciones que establezca el derecho local (art. 33) de cada Estado donde la persona jurídica pretenda ser reconocida como tal (art. 32).

La disolución y la liquidación de las personas jurídicas está contemplada en una norma un poco confusa (art. 35), que dispone la aplicación de la ley local –hay que interpretar lugar donde se encuentran los bienes de las personas jurídicas– para regir la adjudicación de los bienes de las mismas. Se toma también en consideración lo pactado en los estatutos sociales respectivos y la ley de su constitución (creación o reconocimiento).

3. Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado (La Paz, 1984)

535. Esta Convención tiene una redacción más moderna y perfeccionada que la de los Tratados de Montevideo, particularmente en cuanto a la mayor precisión en los conceptos. En el art. 1° define su ámbito de aplicación material, limitándolo a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados parte de la Convención. Brinda una definición material de las mismas: "(...) toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores". Agrega una condición acumulativa: "(...) y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución", dejando en última instancia librada la aplicabilidad de la Convención a la ley interna de cada Estado. Puede decirse que la norma contiene una doble calificación: autárquica y además por la *lex civilis causae*. En cuanto al ámbito espacial de aplicación de la Convención, ésta se aplica entre los países ratificantes; al 1° de diciembre de 2002 el único país miembro del MERCOSUR que la ratificó fue Brasil. Fuera de la subregión también lo han hecho Guatemala, México y Nicaragua. Por consiguiente, en el ámbito del MERCOSUR, las relaciones entre Argentina, Paraguay y Uruguay se siguen rigiendo por el TMDCI de 1940; en las relaciones entre estos tres países con Perú, Bolivia y Colombia por el TMDCI de 1889 y en las relaciones de aquéllos con Brasil, por sus respectivas dimensiones autónomas de DIPr.

536. El alcance extensivo de la categoría es especificado en el art. 2, comprendiendo "(...) la existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las

personas jurídicas de carácter privado". La categoría se rige por la ley del lugar de constitución de la persona jurídica, definido éste como "(...) la del Estado parte donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas". Este es el punto de conexión más adecuado y preciso terminológica y técnicamente. El art. 3 recoge, al igual que los Tratados de Montevideo, la teoría de la extraterritorialidad parcial, estableciendo la obligación de los Estados parte de reconocer de pleno derecho a las personas jurídicas debidamente constituidas en otro Estado parte. Se les reconoce a su vez a los Estados la facultad de exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución, para lo cual se le podrá exigir a esa persona jurídica la presentación de los estatutos y otra documentación necesaria. Esta norma consagra a texto expreso lo que bajo los Tratados de Montevideo constituye la práctica administrativa y judicial. El aplicador del derecho, para controlar la medida de existencia y capacidad de la persona jurídica, le exige los estatutos y los controla conforme al derecho del lugar de constitución. El segundo párrafo del art. 3 recoge un principio general básico: la capacidad que se le reconozca a la persona jurídica fuera del Estado de su constitución no puede exceder jamás la que le otorga a las personas jurídicas locales la ley del Estado parte donde se reconoció como tal.

537. Con respecto al ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, rige la ley del Estado parte donde se realicen dichos actos (art. 4). Obviamente la ley territorial no regula necesariamente dichos actos, los cuales deberán ser calificados en la categoría que les corresponda (actos jurídicos, por ejemplo). Es decir que es la ley del Estado donde la persona jurídica constituida en el extranjero pretende realizar actos propios de su objeto, la que determinará si puede hacerlo o no y en qué condiciones. Así por ejemplo, el Estado donde la persona jurídica extranjera pretende ejercer su objeto le podrá exigir que previamente se someta a la aprobación de sus estatutos por la autoridad territorial competente, que fije domicilio en el país, que se inscriba en el registro correspondiente, etcétera.

El art. 5 pretende reglamentar el fraude a la ley en la materia, facilitando la prevención del mismo. Lo que se busca con esta norma es evi-

tar que las personas jurídicas privadas se aprovechen de un criterio benevolente de determinado Estado, para constituirse allí, y establecer "la sede efectiva de su administración en otro", facultando al Estado parte donde la persona jurídica establezca dicha sede efectiva a obligarla a cumplir con los requisitos legales territoriales. Se pretende así que no se eludan los requisitos del país donde se va a actuar. Cuando se compra una sociedad ya constituida en un país, pero con la finalidad de establecer su sede principal, o cumplir su principal objeto en otro, deben cumplirse todas las disposiciones de la ley nacional de este último, incluso con respecto a la validez del contrato social. Se trata de una norma de aplicación inmediata o de policía (Boggiano, López), ya que si se da una de las dos hipótesis previstas en la norma –que la sociedad se proponga establecer su sede principal, o que su principal objeto esté destinado a cumplirse en un Estado parte distinto al de su constitución– deberá aplicarse la ley de aquél en forma imperativa, perentoria, y excluyente de cualquier eventual derecho extranjero aplicable (Boggiano).

La Convención también prevé el caso en que la persona jurídica privada actúe en un Estado distinto al de su constitución por medio de representantes, y establece que éstos podrán "responder de pleno derecho a los reclamos y demandas que contra dicha persona pudieren intentarse con motivo de los actos en cuestión" (art. 6). Es decir que los representantes de las personas jurídicas constituidas en un país pero que actúen en otro, podrán ser emplazados y tendrán legitimación pasiva en los juicios que puedan derivarse de su actuación en este último. Esta disposición también pretende evitar maniobras por parte de las personas jurídicas que constituidas en un Estado actúan en otro, las cuales podrían intentar eludir sus responsabilidades por los actos que realizan fuera del lugar de su constitución, alegando por ejemplo que no pueden ser emplazadas en el lugar donde actúan por no tener domicilio allí, o que sus representantes carecen de legitimación pasiva, la cual corresponde exclusivamente a la persona jurídica matriz, en el domicilio de la sede efectiva de su administración. La Convención elimina, a través de esta norma, la posibilidad de utilizar con éxito este tipo de maniobras. A la hora de su interpretación y aplicación al caso concreto, debe tenerse en cuenta no sólo su texto claro sino también su *ratio*.

538. El art. 7 de la Convención refiere a las personas jurídicas de derecho público, estableciendo que las mismas "gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados parte (...)", con las restricciones que establezca su propia ley y las leyes del Estado donde actúen. Con respecto a las personas jurídicas internacionales, creadas por un acuerdo internacional entre Estados parte o por una resolución de una organización internacional, el art. 8 establece que "se regirán por las estipulaciones del acuerdo o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados parte (...)".

III. *Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños*

1. Argentina

539. El Código Civil distingue las personas jurídicas según sean de carácter público o de carácter privado. Dentro de las primeras incluye al Estado nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica. En tanto que tienen carácter privado, las asociaciones y fundaciones siempre que cumplan los recaudos que el ordenamiento establece. A esta misma categoría pertenecen "las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar" (art. 33).

De la lectura de la disposición se desprende claramente la distinción que efectúa el codificador entre personas jurídicas de derecho civil y otras de derecho comercial. Esta distinción es importante porque las sociedades comerciales están sujetas a un régimen autónomo (Ley de Sociedades Comerciales 19.550, *BO* 25/4/1972 modificada por Ley 22.903 de 1983).

540. A renglón seguido, el CC extiende la calidad de persona jurídica a "(...) los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros (...)" (art. 34). Se impone desglosar la norma en dos partes: gozan de capacidad jurídica plena los Estados extranjeros, cada una de sus provin-

cias o municipios, los establecimientos, o corporaciones en los que cabe incluir las entidades autárquicas. En tanto que, a efectos de reconocerle personería jurídica a las asociaciones y fundaciones constituidas en el extranjero, éstas deberán reunir los requisitos mencionados en la disposición anterior: tener por principal objeto el bien común, poseer patrimonio propio, ser capaces de adquirir bienes, no subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado y estar autorizadas para funcionar según su ley personal.

A modo aclaratorio, cabe señalar que al aludirse en nuestra doctrina a las personas jurídicas extranjeras, se tiene presente que ello significa referirse a las constituidas o domiciliadas en el extranjero, sin prejuzgar acerca de la aplicabilidad del concepto de nacionalidad.

541. Las normas de la dimensión autónoma que contemplan la problemática manifiestan a la hora actual un enlace coordinado que incide en el deslinde entre lo internacional y lo nacional. El art. 33 en su segunda parte, inc. 1°, establece como presupuesto para que una fundación o asociación nacional sea considerada como persona jurídica de carácter privado, el requisito de la autorización para funcionar, o sea, encuadrarse en lo dispuesto por el art. 45 CC. Esta norma fija el inicio de la existencia de los entes colectivos civiles a partir del momento en que sean autorizados por la ley o por el gobierno, "con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa". Si no cumplen con el recaudo señalado, no tienen existencia legal y "serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto", tal como lo prescribe el art. 46. En su segunda parte, la norma dispone que son sujetos de derecho siempre que el acto de constitución y designación de autoridades conste en escritura pública o instrumento privado certificado por escribano público.

542. En la esfera internacional, ocurre que el art. 34 está subordinado al anterior en cuanto a las condiciones que deben reunir los establecimientos, asociaciones, o corporaciones existentes en países extranjeros, para ser considerados como personas jurídicas de carácter privado, entre los que se destaca la "autorización para funcionar".

La relación entre ambas disposiciones plantea los siguientes interrogantes: ¿Es necesario que estas personas jurídicas privadas se sometan a

una nueva autorización de nuestras autoridades a pesar de haberla obtenido en su país de origen?, o por el contrario, ¿será suficiente la autorización estatal para funcionar emitida en su país para reconocerles personalidad jurídica?

Una respuesta afirmativa a la primera cuestión conduciría a someterlas a una doble autorización, mientras que entendemos que la interpretación del art. 34 con el criterio que sustenta el art. 45 importaría reconocer la existencia de las personas jurídicas privadas extranjeras, desde que son autorizadas por los respectivos gobiernos.

Es decir que, obtenida la autorización en el Estado de donde proceden siempre que haya sido acordada por la autoridad competente respectiva, las asociaciones extranjeras gozan de plena extraterritorialidad. Empero, si el país de origen desconoce ese acto específico para su existencia legal como tales, deberá cumplir con esa formalidad en nuestro país, cuando pretenden actuar en la República. Ello es así porque si en el orden local, las asociaciones o fundaciones requieren autorización para funcionar del Estado nacional, a idéntica condición deben ajustarse las extranjeras a fin de no generar una situación de desigualdad (Malfussi). Consecuentemente, gozan de extraterritorialidad condicionada al cumplimiento de la exigencia prescripta, pues esa obligación deviene del art. 33, inc. 1°, 2da. parte y no por el art. 45, aunque en última instancia sea el aplicable.

543. Admitida la existencia de la persona jurídica conforme al principio de la extraterritorialidad, corresponde determinar la ley que regirá la capacidad. Se advierte que el derecho internacional privado interno guarda silencio respecto a la elección del derecho aplicable a la capacidad de las personas jurídicas. Ante esta laguna la doctrina entiende que debe resolverse la cuestión mediante el empleo analógico de las normas reguladoras de la capacidad de las personas físicas (Goldschmidt). A fin de calificar el domicilio de las personas jurídicas nacionales o extranjeras, el ordenamiento establece que tienen el domicilio en el lugar en que se hallaren, o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales (art. 44), prefiriéndose el domicilio estatutario o el conferido por autorización.

Asimismo, se reconoce el domicilio especial de las compañías que tengan establecimientos o sucursales, disponiendo el Código que tienen su domicilio especial en el lugar de dicho establecimiento, sólo para la eje-

cución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad (art. 90 inc. 4). El domicilio de la persona jurídica será, pues, aquél desde el cual partan las órdenes, que es donde se concentra la verdadera dirección.

Es de señalar también que el art. 34 a través de una redacción equívoca e incompleta, deja sin solución el tema de la actuación de dichas asociaciones en nuestro territorio. A fin de cubrir el vacío legal, y por aplicación del art. 16 CC, es preciso acudir a las leyes análogas sobre la materia. Surge entonces la opción de aplicar la Ley de Sociedades Comerciales respecto a las constituidas en el extranjero que pretendan actuar en nuestro país (art. 118), o bien, recurrir al TMDCI de 1940 (art. 4).

544. Las fundaciones tienen un régimen autónomo establecido por la Ley 19.836 (*BO* 25/9/1972). Se permite la actuación en el país de fundaciones constituidas en el extranjero siempre que registren ante la autoridad administrativa de control, la autorización de que gozan, estatutos y demás documentación. Deberán acreditar el nombre de sus representantes y los poderes de que están investidos entre otras condiciones necesarias para funcionar en el país. Cabe consignar que las fundaciones no pueden iniciar sus actividades sin la previa aprobación de aquella autoridad. El funcionamiento queda sujeto al régimen previsto para las fundaciones establecidas en el país (art. 7). Como es dable observar, en el caso de las fundaciones la doble autorización está impuesta por la ley.

2. Brasil

545. La ley personal de la persona jurídica puede definirse como aquella ley que deberá regular y ser aplicable a su constitución, organización, funcionamiento y extinción. Brasil mantuvo de 1917 a 1942 como elemento de conexión de personas físicas y jurídicas la nacionalidad (el derogado art. 21 de la Introducción al Código Civil de 1916 disponía expresamente que la ley nacional de las personas jurídicas determinaba la capacidad de las mismas) y fue también el único país de los que hoy forman el MERCOSUR que adhirió al Código Bustamante (Decreto N° 18.871, de 13/08/1929). La referencia es importante, ya que el CB

permitía tal conexión en la nacionalidad, definida justamente por la teoría de la incorporación en los arts. 16 y 17 y, subsidiariamente, por el contrato social o sede ejecutiva, según los arts. 18 y 19.

546. En el sistema autónomo brasileño hay un solo punto de conexión para regular la existencia (personalidad) y la capacidad (capacidad de ejercicio), luego, una sola ley personal (la señalada por el art. 11 LICC) con campo de aplicación más amplio. Brasil acoge claramente la teoría de la incorporación, aunque existen excepciones para los casos de apertura de filiales, agencias o establecimientos en Brasil, regidos por la norma especial unilateral del art. 11.2 LICC, que determina la aplicación de la ley brasileña. El concepto de filial alude a una representación permanente de la misma persona jurídica constituida en el extranjero, que tiene facultades para obligarla frente a terceros y no se refiere a una nueva persona jurídica constituida en Brasil.

Antes la ley brasileña mencionaba la capacidad (antiguo art. 21 de la Introducción al CC de 1916), pero ahora ya no, refiriéndose a la ley aplicable a las sociedades como "la ley del país donde se constituyeren" (art. 11 LICC). La doctrina brasileña, sin embargo, acepta cierto *depeçage* o existencia de muchas cuestiones previas independientes, también con relación a las personas jurídicas, considerando que la *lex societatis* establecida según el art. 11 de la LICC regula la existencia y la capacidad (de derecho y de ejercicio) de la persona jurídica, mientras que la forma debe ser tratada como cuestión previa, calificada de forma independiente y regida por la regla *locus regit actum*. Asimismo, hay una norma especial sobre la representación de la persona jurídica extranjera (art. 12 CPC). También en lo que se refiere a los bienes o patrimonio de las personas jurídicas, especialmente en el caso de disolución o fin de la persona jurídica, hay tradición en Brasil de calificación independiente, por el art. 8 de la LICC, esto porque el Código Bustamante preveía una norma especial para el tema, en su art. 35.

Tratándose de personas jurídicas que tienen actuación extraterritorial, la ley personal puede ser aplicada también para regular el reconocimiento de esta persona jurídica fuera del país, como era el caso del antiguo art. 19 de la Introducción al CC brasileño en la versión de 1916. Según parte de la doctrina brasileña, el espíritu de este artículo habría si-

do incorporado a la nueva Ley de Introducción al CC brasileño de 1942 y aún estaría en vigor (Dolinger), llevando la aplicación de la ley personal a regular también el tema del reconocimiento de la persona jurídica.

3. Paraguay

547. La atribución de personalidad jurídica, importa el reconocimiento por ley de la calidad de sujeto de derecho y obligaciones, la posibilidad de poseer patrimonio propio, distinto al patrimonio de los socios; los socios no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, salvo las excepciones establecidas en la ley (art. 94 CC).

De acuerdo con el art. 96 CC,

> "(...) las personas jurídicas poseen, para los fines de su institución, la misma capacidad de derecho que las personas físicas para adquirir bienes o contraer obligaciones, por intermedio de los órganos establecidos en sus estatutos. Dentro de estos límites podrán ejercer acciones civiles y criminales y responder a las que se entablen contra ellos".

El artículo 91 CC fue modificado, para adecuarlo a la Constitución nacional de 1992, por la Ley N° 388/1994. Esta ley en su artículo 1° señala:

> "Modifícase el artículo 91 de la Ley N° 1183/1985, Código Civil, el cual queda redactado como sigue: Son personas jurídicas:
> a) El Estado;
> b) Los gobiernos departamentales y las municipalidades;
> c) Las iglesias y las confesiones religiosas;
> d) Los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de derecho público que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse;
> e) Las universidades;
> f) Las asociaciones que tengan por objeto el bien común;
> g) Las asociaciones inscriptas con capacidad restringida;
> h) Las fundaciones;
> i) Las sociedades anónimas;
> j) Las cooperativas; y
> k) Las demás sociedades reguladas en el Libro III de este Código".

La misma ley modificó el art. 93 CC a fin de eliminar restricciones respecto a la constitución de las sociedades anónimas, dejándolo redactado del siguiente modo: "(...) comenzará la existencia de las personas jurídicas previstas en los incisos c), e), f), h) y j) del artículo 91, desde que su funcionamiento haya sido autorizado por la ley o por el Poder Ejecutivo. Las decisiones administrativas que hagan o no lugar al reconocimiento podrán ser recurridas judicialmente".

El CC considera que "Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, los organismos internacionales reconocidos por la República, y las demás personas jurídicas extranjeras" (art. 92). Extiende por tanto la calidad de personas jurídicas a las organizaciones internacionales, disposición innecesaria porque son reconocidas por el propio tratado que las crea, instrumento jerárquicamente superior a las leyes comunes.

548. En relación con las personas jurídicas, el principio sustentado respecto de la existencia y capacidad lo establecen los arts. 26, ubicado en el título preliminar del CC y el 101 CC, ubicado en las disposiciones generales a las personas jurídicas. El art. 26 CC hace referencia específica a las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero y sienta el principio de la ley del domicilio, disposición que debe ser entendida como aplicable para las personas jurídicas privadas constituidas en la República; dice: "La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituidas en el extranjero, se regirán por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República".

La regla es reiterada casi en los mismos términos en la primera parte del artículo 101 CC: "La existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas extranjeras, se rigen por las leyes de su domicilio (...)", siguiendo la fuente de estas disposiciones (art. 4 del TMDCI 1940).

549. Paraguay ha ratificado por Ley N° 888/1981 la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, que adopta en materia de ley aplicable a la existencia y capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles la ley del lugar de constitución.

Sin embargo, Paraguay no firmó ni se incorporó a la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado, Convención que hace regir la existencia y capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y fusión de las personas jurídicas de carácter privado, por la ley del lugar de su constitución.

550. La segunda parte del art. 101 CC se ocupa de los actos ejercidos en la República por personas jurídicas constituidas en el extranjero, estableciendo el principio de no discriminación entre personas jurídicas privadas constituidas en Paraguay y en el extranjero en los términos siguientes: "(...) el carácter que revisten como tales, las habilita para ejercer en la República todos los derechos que les corresponden para los fines de su institución, en la misma medida establecida por este Código para las personas privadas nacionales".

El ejercicio accidental de actos no está sujeto a formalidades especiales, pero, de acuerdo a la última parte del mismo artículo: "(...) para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en las leyes de la República".

551. Por el sistema de unificación de los Códigos Civil y de Comercio en las ramas de Obligaciones y Contratos, las reglas del Código Civil son aplicadas tanto a sociedades civiles como comerciales. Entre las formalidades relativas a las personas jurídicas que revisten mayor relevancia está la inscripción, por cuanto puede determinar la adquisición de personalidad jurídica. El art. 1013 *in fine* CC señala que: "(...) toda sociedad que tenga por objeto realizar actos mercantiles deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio". Respecto de esta exigencia, el art. 967, modificado por la Ley 388/1994, establece:

> "(...) las sociedades adquieren la personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente. La falta de registro no anulará el contrato, pero la sociedad no adquirirá el dominio ni derechos reales sobre los bienes registrables aportados por los socios. No será oponible a tercero ninguna estipulación no registrada que se aparte del régimen establecido por este Código, sea restringiendo los derechos de aquéllos o los poderes conferidos a los administradores".

En cuanto a las sociedades constituidas en el extranjero que deseen ejercer actividades en el territorio nacional, de acuerdo con el art. 1197 CC, deben: establecer una representación con domicilio en el país, además de los domicilios particulares que resulten de otras causas legales; acreditar que la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; y justificar en igual forma, el acuerdo o decisión de crear la sucursal o representación, el capital que se le asigne, en su caso, y la designación de los representantes. Estas disposiciones son aplicables a las sociedades o corporaciones constituidas en otros Estados aunque el tipo de sociedad no esté previsto por nuestra legislación. El juez competente para la inscripción determinará las formalidades a cumplir en cada caso (art. 1198 CC). La sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República, o cuyo principal objeto esté destinado a cumplirse en ella, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, o de su reforma y fiscalización, en su caso (art. 1199 CC).

552. El art. 95 CC señala que "Las personas jurídicas, salvo lo que se disponga en el acto constitutivo, tienen su domicilio en el lugar de su sede. Si tuvieren establecimientos en diferentes localidades, su domicilio estará en ellas para el cumplimiento de las obligaciones allí contraídas". El art. 1196 *in fine*, al referirse a las sociedades, indica que

> "(...) las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios. Los establecimientos, agencias o sucursales constituidas en la República se consideran domiciliados en ella en lo que concierne a los actos que aquí practiquen, debiendo cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución".

4. Uruguay

553. El art. 21.2 CC establece que "(...) se consideran personas jurídicas, y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, (...) las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la

autoridad pública". "Corporaciones" son las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro, mientras que "establecimientos y asociaciones" son las personas jurídicas privadas sin fines de lucro, utilizándose el término "establecimientos" como sinónimo de "fundaciones". La diferencia entre los dos tipos de personas jurídicas civiles sin fines de lucro radica básicamente en la existencia de socios en las asociaciones y de un patrimonio fundacional en las fundaciones (Martínez Salgueiro). Todas las personas jurídicas, a excepción de las comerciales –que están reguladas por la Ley 16.060 (ver Cap. 31)–, están comprendidas en la categoría amplia del Apéndice del CC (art. 2394), que recoge en su primera parte la solución del TMDCI de 1889: "La existencia y la capacidad de la persona jurídica se rigen por la ley del Estado en el cual ha sido reconocida como tal", por lo cual son extensibles los comentarios efectuados con respecto a dicho Tratado en cuanto al alcance extensivo de la categoría y a la interpretación del punto de conexión. En su segunda parte en cambio, el art. 2394 sigue el criterio de la habitualidad del Tratado de 1940, resultando también aquí válida la referencia a los comentarios respectivos. Con respecto al significado práctico del requisito de ajustarse a las condiciones prescriptas por nuestras leyes, exigido en caso de que la persona jurídica extranjera pretenda el ejercicio habitual de actos propios de su objeto en el territorio de la República, la práctica administrativa uruguaya se basó durante muchos años en la famosa vista del Fiscal Varela, dada la inexistencia de normas específicas al respecto.

A partir de la aprobación del Decreto-Ley N° 15.089, de 12/12/1980, éste ha servido de base para la elaboración de una vasta jurisprudencia administrativa, a través de Resoluciones administrativas relativas a la tramitación de la personalidad jurídica (creación, aprobación, funcionamiento y extinción) de las asociaciones civiles en Uruguay, de la que se extraen los criterios generalmente aplicados. Estas Resoluciones pueden tener carácter general, como por ejemplo la que establece el Estatuto tipo para asociaciones civiles (Resolución 906/1993, del 21/9/1993, modificativa de la Resolución 1313 del 24/7/1973), o carácter particular, cuando se refieren a una asociación civil determinada, no haciendo lugar a la solicitud de reconocimiento, o decidiendo la intervención, sanción o cancelación de la personalidad jurídica de dicha asociación (Martínez Salgueiro).

La creación, aprobación, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas civiles sin fines de lucro se rigen en principio por el Decreto-Ley N° 15.089, de 12/12/1980, que establece que "el Ministerio de Educación y Cultura (MEC) ejercerá la policía administrativa de las asociaciones civiles y fundaciones". En cuanto a las fundaciones, la Ley N° 17.163, de 1/9/1999, regula las fundaciones y deroga las disposiciones del Decreto-Ley N° 15.089 aplicables a las mismas. Por lo tanto, actualmente el referido Decreto-Ley N° se aplica exclusivamente a las asociaciones civiles sin fines de lucro. El art. 24 de la Ley 17.163 también otorga al MEC competencias para ejercer "(...) el contralor y la fiscalización de las fundaciones, verificando el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias vigentes". El MEC debe pronunciarse sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación dentro de un plazo de noventa días a partir de la solicitud correspondiente. Si vencido dicho plazo no se hubiere pronunciado, se entenderá aceptada la solicitud y se procederá al registro correspondiente (art. 31). El art. 32 establece que el MEC llevará un registro de fundaciones, actualizado y público, en el que figurarán las fundaciones reconocidas por la autoridad competente, la pérdida de personalidad jurídica de las mismas y toda otra información que la reglamentación estime conveniente.

La Resolución 906/1993 reglamenta el contenido que debería tener el estatuto de una asociación civil, sin determinar si el mismo es obligatorio o si es posible apartarse de lo que el estatuto tipo establece. Desde un punto de vista jurídico estricto el estatuto tipo no es obligatorio, pero en la práctica la administración se ajusta siempre a él a la hora de aprobar un estatuto, hacerle observaciones o rechazarlo, excepto en algunos temas en los que tiene cierta flexibilidad, como los que refieren a tipos de socios, duración del período de los órganos electivos, número de miembros titulares y suplentes (Martínez Salgueiro).

554. En cuanto a quiénes pueden constituir una asociación civil, la ley no distingue entre nacionales y extranjeros, personas físicas o jurídicas. Por tanto, toda persona física con capacidad para contratar (conforme al derecho del lugar de su domicilio) puede constituir una asociación civil, al igual que cualquier persona jurídica, siempre que su estatuto la autorice a ello. Las personas jurídicas constituidas en el extranjero deberán

previamente acreditar su existencia, a través del reconocimiento por el Ministerio de Relaciones Exteriores (Dec. 334/1970, del 14/7/1970). Es decir que una asociación civil puede estar formada por otras asociaciones civiles, constituidas a su vez en el país o en el extranjero. Las normas existentes no establecen el número de socios o fundadores necesarios para establecer una asociación (Martínez Salgueiro).

Con respecto a los documentos y trámites necesarios para constituir una asociación civil, la Administración exige testimonio notarial del acta de la Asamblea Constitutiva, acompañado de un escrito solicitando el reconocimiento de la personería y la aprobación de los estatutos. El Ministerio de Educación y Cultura es la autoridad competente para autorizar la asociación, por delegación del Poder Ejecutivo (Resolución 798/1968, del 6/6/1968, y art. 1.h del Decreto-Ley N° 15.089). Al atribuirle el ejercicio de la policía administrativa de las asociaciones civiles, le otorga competencia para controlar su creación, funcionamiento, disolución y liquidación. La repartición ministerial encargada de recibir las solicitudes, controlar la documentación presentada, informar sobre su legalidad y aconsejar la resolución a tomarse es la Dirección de Justicia. Las posibilidades son básicamente tres: aconsejar la aceptación de la solicitud sin observaciones, formular observaciones o rechazar la solicitud, cuando el estatuto cuya aprobación se solicita contraviene el derecho uruguayo vigente.

Cuando se efectúan observaciones, se da vista a los interesados para que ajusten su estatuto original a las mismas. Una vez levantadas de esta forma las observaciones o si ellas no existieren, la Dirección de Justicia emite un dictamen, que eleva al Ministro, quien resuelve en definitiva, normalmente siguiendo la opinión del dictamen de la Dirección de Justicia (a pesar de que éste no es vinculante), aunque puede, en casos dudosos, solicitar informe adicional al Fiscal de Gobierno. El Ministro ordena a la Dirección de Justicia expedir testimonios y registrar a la nueva persona jurídica en el Registro de Personas Jurídicas del Ministerio de Educación y Cultura; el registro no tiene efectos constitutivos de derechos sino sólo de publicidad. La resolución del Ministro debe publicarse en el Diario Oficial. Si ésta fuera denegatoria, puede ser impugnada mediante recurso de revocación ante el Ministro (art. 317 de la Constitución), quedando abierta la posibilidad, en caso de rechazo del

mismo, de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 310 de la Constitución) (Martínez Salgueiro).

555. Estos trámites son básicamente los mismos con respecto a las personas jurídicas constituidas en el extranjero que pretendan actuar en el país. Éstas deberán previamente acreditar su existencia, a través del reconocimiento por el Ministerio de Relaciones Exteriores (Dec. 334/1970, del 14/7/1970). Una vez concedido dicho reconocimiento, el MRE incluye a la institución extranjera y sus funcionarios en un Registro especial que lleva al efecto; luego, la persona jurídica se presenta ante el Ministerio de Educación y Cultura para su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas (Martínez Salgueiro). Téngase presente que la persona jurídica extranjera ya ha sido constituida en otro Estado, sus estatutos ya han sido aprobados conforme al derecho del lugar de constitución y por las autoridades correspondientes de dicho Estado. Es por eso que las exigencias con respecto a ellas se limitan al sometimiento de sus estatutos al control del Poder Ejecutivo uruguayo. Éste podrá aprobar esos estatutos tal cual están o realizar observaciones. Por ejemplo, podría establecer que esa persona jurídica no podrá realizar en el país determinados actos que sí están incluidos en su objeto estatutariamente y que puede realizar en el Estado donde se constituyó, porque contravienen un principio de orden público internacional, o por alguna razón de política económica o de interés nacional. No podría en cambio el Ejecutivo uruguayo eliminar alguna cláusula del estatuto, porque éste se rige por la ley del Estado de constitución, donde ya ha sido aprobado. La persona jurídica extranjera por su parte está obligada a comunicar cualquier variación estatutaria que se produzca en su Estado de origen, o sea en el Estado extranjero donde ella se constituyó (Herbert).

556. La sentencia de primera instancia (consentida), del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 26° Turno, de fecha 16/5/1990 (Carrión; *LJU* caso N° 12.024) no hizo lugar al pedido de reconocimiento de personería jurídica solicitado por una sociedad civil de trabajo constituida en Brasil, conforme el derecho brasileño, que pretendía abrir una filial en Montevideo, por entender que dicha filial era una persona jurídica diferente y por tanto resultaba improcedente el reconocimiento de

la personería jurídica original. La juez afirma, citando a Miaja de la Muela, que la ley de constitución decide si la sociedad constituida tiene naturaleza civil o mercantil, y traslada este concepto a la interpretación del art. 2394 del CC. Con respecto al ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en el objeto especial de la institución (en el caso, la prestación de servicios de abogacía), sostiene que "(...) conforme el art. 21 CC uruguayo y Decreto del PE N° 432 de 14/7/1967 en su art. 1°, corresponde al Ministerio de Educación y Cultura lo concerniente a la personalidad, registro y contralor de las asociaciones no comerciales".

557. En el caso *"E.W., W.F. c/ H.S.A. y otros"* (TAC 2°, Sent. del 18/4/1991, Varela de Motta, Brito del Pino (redactor), Bermúdez; Fernández Rey, discorde parcial, *LJU* caso N° 11.791), el tribunal consideró que tratándose de una sociedad constituida en Panamá, con domicilio social o estatutario en ese país, pero con directores uruguayos y que operaba habitualmente en el país, resultaba aplicable el art. 2401 CC, que asigna competencia al juez del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de las relaciones, sin perjuicio de la opción del actor en favor de los jueces del domicilio del demandado. Y entendió que la ley aplicable a la disolución y liquidación de una sociedad anónima constituida en Panamá y que se invoca desarrolla su objeto en el país, es la ley nacional, en la medida en que rige el art. 2394 CC, que consagró el principio de la extraterritorialidad parcial. Como lo destaca el propio tribunal, se trata de un caso sumamente complejo, entre otros factores porque la sociedad anónima *H.S.A.* constituida en Panamá omitió el cumplimiento de los requisitos de la ley uruguaya, en especial la inscripción en el Registro de Comercio, a que debía sujetarse conforme el art. 2394 CC para ejercer en forma habitual su objeto en el país. Esta omisión la coloca, como sociedad irregular, sujeta a la ley nacional. Se trata de un caso anterior a la entrada en vigor de la Ley 16.060 el 4/9/1989 (aunque el fallo se pronuncia con posterioridad a ésta), en que el tribunal aplica la norma de conflicto de fuente interna referida a las personas jurídicas en general, que hasta la entrada en vigor de la normativa específica en materia de sociedades comerciales, resultaba aplicable a las personas jurídicas civiles y comerciales, como en este caso.

No compartimos la interpretación del art. 2394 que realiza el tribunal en el caso. Consideramos que el fallo incurre en un error de calificación: la norma determina expresamente el alcance extensivo de la categoría, ya que hacen referencia a la "existencia y capacidad" de las personas jurídicas de carácter privado. Esta expresión comprende la constitución de la persona jurídica, su existencia, vigencia, disolución (causales, forma, procedimientos, etc.) y liquidación. Incluye además todo lo que tiene que ver con la estructura orgánica interna de la persona jurídica: posibilidad de representación contractual, fiscalización interna, derechos de los accionistas, votos, relaciones entre los socios. Por último, refiere a cuál es el objeto de la persona jurídica, lo cual está establecido en su estatuto (Herbert). La categoría persona jurídica, con el alcance antedicho, se rige por la ley del lugar de su constitución, en el caso, Panamá. Luego agrega el art. 2394: "Mas para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el territorio nacional, de actos comprendidos en el objeto de su institución, se ajustará a las condiciones prescriptas por nuestras leyes", requisito que en el caso la sociedad no cumplió.

Es decir que la norma en que se funda el fallo (art. 2394 CC) distingue claramente lo relativo a la existencia y capacidad de las personas jurídicas, con el alcance dado, y el ejercicio habitual de su objeto social, y los somete a leyes distintas. En este sentido se pronunció Vescovi, en consulta referida en el fallo, quien sostuvo que no podía dejarse de lado la primera parte del art. 2394 CC, que en el conflicto entre los socios sólo la ley panameña era la aplicable, y que el sistema de la extraterritorialidad parcial no autorizaba a cambiar la ley reguladora de la sociedad, para tenerle por no existente y disolverla.

Bibliografía complementaria

AGLIANO, H., "Las personas jurídicas en la Ley 17.711", *LL*, 136-1319; BALESTRA, R., *Las sociedades en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991; BATISTA, L.O., *Empresa transnacional e direito*, San Pablo, *Rev. dos Trib.*, 1987; BORDA, G., "La reforma del Código Civil. Personas jurídicas", *ED*, 28-821; FERREIRA, A.L., *Estatuto das empresas bi-nacionais brasileiro-argentinas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995; GALINO, E., *Las socie-*

dades en el derecho internacional privado interno y convencional, Buenos Aires, Alveroni, 1997; GUASTAVINO, E., "Las personas jurídicas extranjeras después de la reforma del Código Civil", *LL*, 140-1206; LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E., *Sociedades constituidas en el extranjero. Estudio comparativo del derecho internacional argentino, brasileño y uruguayo*, Montevideo, FCU, 1999; MALFUSSI, C., "Las personas jurídicas extranjeras de derecho privado y el art. 33 del Código Civil, reformado por la Ley 17.711", *LL*, 139-913; MARTÍNEZ SALGUEIRO, M.E., *Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Uruguay*, http://www.icnl.org; OPERTTI BADÁN, D., "Actualización de las normas vigentes en América sobre sociedades mercantiles", *V Curso de Derecho Internacional*, Washington, OEA, 1979, pp. 425-439; PAIVA, G. de, "Sujeitos de direito internacional privado: pessoas físicas e pessoas jurídicas", *VII Curso de Derecho Internacional*, Washington, OEA, 1981, pp. 497-521; PARDO, A., "La extraterritorialidad de las personas jurídicas públicas y privadas", *LL*, 135-1604; RODAS, J.G., *Sociedade comercial e Estado*, San Pablo, Saraiva, 1995; SALUM-FLECHA, A., "Empresas transnacionales y entes binacionales", *Segundo Seminario sobre la enseñanza del derecho internacional*, Washington, OEA, 1980, pp. 291-297; SANTOS, A.M. dos, "Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em direito internacional privado e em direito internacional público", en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1985; SOLARES GAITE, A., "Las empresas transnacionales en las relaciones y el derecho internacionales", *Segundo Seminario sobre la enseñanza del derecho internacional*, Washington, OEA, 1980, pp. 299-312; TERRA CORBO, D., "Las personas jurídicas en el derecho internacional privado. Soluciones previstas en los Tratados de Montevideo", *AUDI*, t. III, 1964, pp. 131-155; VARELA, L., "Jurisprudencia administrativa" (Vista fiscal), *RDJA*, año 16, núm. 2, 30/9/1909, pp. 41-43.

Sección II
Situaciones esencialmente no patrimoniales

Capítulo 15

Protección de menores en general

Diego P. Fernández Arroyo y Cláudia Lima Marques

I. Planteo general

558. No hay cómo negar la internacionalización de las relaciones de familia. La familia intercultural (o internacional) no es más un caso excepcional, es un fenómeno consolidado a lo largo del siglo XX. Así también el DIPr se vuelca hacia esta internacionalización, procurando proteger el sujeto de derecho más débil en estas entidades familiares, en el caso de los menores (niños y adolescentes). Los Estados y las organizaciones internacionales han comenzado a reaccionar frente a esta nueva realidad, que aumenta el estado de desprotección y vulnerabilidad de los menores, y han comenzado a elaborar normas especiales para estos casos.

Se identifican dos situaciones de peligro particulares: a) el desplazamiento internacional de menores, legal o ilegal; b) el rompimiento de los lazos familiares afectivos, sea por separación o divorcio de los padres, sea por violencia o abuso en relación con los hijos, en casos internacionales. El DIPr del siglo XX, por lo tanto, nacional, regional u universal, se ha visto precisado a elaborar normas de protección internacional de los menores para estos y otros supuestos.

El primer foco de peligro para la protección de los menores es cuando hay traslado o desplazamiento internacional de éstos, sea por cambio de domicilio de su familia, de uno de los padres, sea por cambio de guarda o adopción, en que el menor cambia de domicilio o es trasladado in-

ternacionalmente de su lugar de residencia habitual. Debe tenerse en cuenta que con las constantes guerras, disturbios internos, odios raciales, desastres naturales, crisis económicas y problemas sociales, muchos menores quedan huérfanos, refugiados y/o abandonados y son transferidos a otros países para su protección, creando el fenómeno de "abandono" internacional, aunque este abandono sea precario o momentáneo. El segundo momento de peligro para los menores y adolescentes, el del rompimiento de la armonía o unidad conyugal o familiar, provoca que, en muchos casos, los menores se vean transferidos internacionalmente o sean objeto de disputas internas en la familia.

Aquí es importante el derecho de visitas internacionales y el derecho de recibir alimentos, aun si el menor tiene residencia habitual en otro país. El debilitamiento de la unidad afectiva familiar puede también inducir al abandono de los menores, inclusive por problemas económicos o sociales de los países, con reflejos muchas veces en colocaciones para adopción internacional o en casos de tráfico de menores. El debilitamiento de la unidad afectiva familiar puede venir acompañado o ser resultado de violencia, malos tratos o abuso interno en la familia. Esta violencia con relación a los derechos fundamentales del menor o los reflejos de la "desconstrucción" de la armonía familiar pueden ser bastante negativos en caso de internacionalización de la familia, con los conocidos secuestros de menores por uno de los cónyuges y/o tráfico de menores, con intermediarios (o directamente por los padres) lucrando con la transferencia internacional del menor.

Si el primer foco de peligro es realmente un problema de DIPr, el segundo es asimismo común en relaciones de familia nacionales, esto es, relaciones sin elementos de extranjería. La internacionalidad de la familia o del acto ilícito cometido contra el menor, como el secuestro o el tráfico, sin embargo, son dificultades extras a ser resueltas por el DIPr. La complejidad de estos casos de ofensa a los derechos fundamentales de los menores y la insuficiencia (o aun impotencia) de las soluciones meramente nacionales motivan que los Estados deban recurrir a la elaboración de convenciones internacionales (multi y bilaterales) y a la cooperación judicial, policial y administrativa, para poder resolver de manera satisfactoria estos graves problemas.

559. Nótense aquí dos características típicas de la protección de menores en el DIPr. En primer lugar, como el sujeto de derecho a ser protegido es un menor, que se encuentra aún en formación y con mayores posibilidades de daños psicológicos y de desarrollo en menor tiempo, generalmente las medidas son cautelares y de urgencia, lo que lleva a la aplicación de la *lex fori*, es decir de la ley del lugar donde se encuentra el menor o donde la medida de urgencia y de protección es requerida. Así, por ejemplo, dispone la norma del art. 14, segundo párrafo de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 1994):

> "(...) recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado".

En segundo lugar, es típico que todas las medidas se concentren en el menor y se conecten con él, observando su protección inmediata, material o moral, sin otras consideraciones políticas o sociales. Al contrario de las medidas de protección de menores nacionales, que son medidas políticas o sociales de protección de todos los menores abandonados, en peligro económico y maltratados, la protección internacional del menor es individual y casuística, formada por "leyes de policía", leyes de aplicación inmediata o normas de orden público internacional, con clara finalidad material de protección; son normas de protección individual, pues se trata de la protección de los derechos humanos básicos del menor. En otras palabras, en el caso internacional, la concentración es en los derechos humanos del menor, sus derechos básicos y fundamentales, pues el peligro es real, contra la vida, la libertad o aun la subsistencia de este menor. En este sentido, se aplican aquí todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en general y de protección de los derechos del menor al mismo tiempo. Es el conjunto de es-

tas normas internacionales lo que suministra los lineamientos del actual DIPr de protección de los menores. En este sentido, es menester abordar el examen de las normas universales de la ONU, examinando en especial la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los menores (Res. AG núm. 41/1985) y la Convención sobre los derechos del niño (1989).

560. El primer objetivo de la comunidad internacional en esta materia es, por lo tanto, dotar a estos instrumentos legales de efectividad y operatividad, para la protección individual de los menores en peligro (internacional). Más que meras declaraciones, estos instrumentos normativos deben llevar a una cooperación internacional rápida y eficaz para la efectiva protección de los menores en peligro (Dreyzin). En los foros subregionales, regionales y universales, los temas que son considerados como importantes para la protección internacional de los menores son actualmente: el abandono y desaparición internacional de menores, la adopción internacional, la guarda y custodia, las obligaciones alimentarias, el régimen de visitas internacionales, la lucha contra la retención o el traslado ilícito de menores y la lucha contra el tráfico de menores.

II. Dimensión convencional universal

1. Ámbito general: la labor de la ONU

561. La necesidad de protección especial a los menores ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924, consignando expresamente, en pro de los derechos infanto-juveniles, la "necesidad de proporcionar al menor una protección especial". En 1948, se confirieron al menor "derechos al cuidado y asistencia especiales", previsión incluida en la Declaración universal de los derechos humanos. El necesario respeto al interés superior del menor y la importancia de los vínculos familiares encontraron asimismo expresión en la Declaración universal de los derechos del niño, adoptada por la ONU en 1959. Los reflejos en el ámbito interamericano se hicieron sentir y la Convención americana sobre los derechos humanos-Pacto de San José de 1969 es

clara: "(...) todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19). La doctrina de la protección integral del menor mereció finalmente un texto convencional desarrollado y específico, la Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20/11/1989 (existe también una Convención de ámbito interamericano sobre los derechos del niño). Los principios básicos en los cuales la misma se fundamenta son: a) la necesidad de una protección especial como ser en desarrollo; b) el lugar ideal para su desarrollo es la familia; c) las Naciones signatarias se obligan a priorizar la cuestión.

No está demás indicar que las Naciones Unidas no están solas en la tarea de elaborar un régimen jurídico de la protección internacional de los menores, sino que, por el contrario, como enseña van Loon, la coordinación y el esfuerzo legislativo se realizan también en varios otros organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y demás entidades internacionales, que colaboran para conseguir ese objetivo (UNICEF, OEA, el Consejo de Europa, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, UNIDROIT, el Instituto Interamericano del Niño/OEA, la INTERPOL, la Comisión Internacional de Estado Civil, el International Social Service –ISS–, la *Defense for Children International* –DFI–, la *International Federation "Terre Des Hommes"*, la *International Association of Juvenile and Family Court Magistrates*, la *International Law Association* –ILA–, la *International Society of Family Law*, la *International Bar Association*, entre otros).

562. En materia de protección de menores en el ámbito internacional encontramos las normas modelo de la Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 3/12/1986, Declaración N° 41/85, denominada "Declaración de principios legales y sociales relativos a la protección y bienestar de los menores", que hace especial referencia a las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional, y que tuvo un papel decisivo para establecer el actual derecho de protección nacional e internacional de los menores.

En cada uno de los temas de protección internacional de menores la Declaración establece los principios que deben guiar la actuación nacio-

nal e internacional en materia de protección de menores. Así, los esfuerzos de los países deben ser dirigidos para la protección integral del menor, contra cualquier violencia o discriminación, para el mantenimiento en su familia de origen o en su país, para el respeto de su libertad e identidad cultural. De ahí resultan los principios de la prioridad en el trato de los temas de protección del menor (art. 1°) de la especialización de la justicia de menores (arts. 6 y 7), de la concentración en los intereses del menor (haciendo particular hincapié en su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado –art. 5–), del mantenimiento del vínculo con la familia de origen (arts. 2, 3, y 4), del derecho a conocer su origen (a menos que ello contraríe los intereses del niño –art. 9–), del derecho a la identidad del menor (art. 8, que establece que en todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal), del derecho a la formación cultural y religiosa (art. 24), de la subsidiariedad de las medidas tutelares que separen al menor de su familia de origen (art. 4 *in fine*) y de la subsidiariedad de la adopción internacional (art. 17).

Respecto de la guarda se establece que la misma deberá ser reglamentada por ley (art. 10), siempre buscando una solución definitiva, ya sea el retorno del menor a su familia de origen, o la colocación en una familia sustituta en adopción (art. 11), debiendo el Estado y las autoridades especializadas y competentes velar por el bienestar del menor en el momento de guarda (art. 12).

En cuanto a la adopción, la declaración precisa que debe ser una medida capaz de dar una respuesta permanente (art. 13) a la situación de abandono del menor, y que debe buscar el bienestar del menor (art. 14) y no la satisfacción de los intereses de los padres adoptivos. Se dispone además que el ordenamiento jurídico del país de acogida debe proteger también jurídicamente a este menor (arts. 16, 17, 18, 21, 22), evitando que la adopción, especialmente la internacional con cambio de país, disminuya los derechos del menor o no pueda ser plenamente reconocida (art. 23). El menor en la adopción internacional debe tener las mismas salvaguardas que en las adopciones nacionales (art. 20). La Declaración de la ONU de 1985 también buscaba combatir el secuestro o el traslado ilícito, así como el tráfico de menores que suele vincularse con la adopción ilegal (art. 19).

563. La protección de los menores pasa también por una cooperación buscando la obtención de alimentos para su manutención y bienestar, aun en caso de familias interculturales o internacionales. Los alimentos son el conjunto de medios materiales necesarios para la supervivencia, existencia física de las personas, y en el caso de los menores, para su educación y formación (Jure). El derecho del menor a "un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" y a la obtención de alimentos de los padres "dentro de sus posibilidades y medios económicos" inspiraba la Declaración de 1985, y quedó establecido claramente en el art. 27 de la Convención de los derechos del niño de 1989.

Del derecho de protección integral y de mantenimiento de vínculos con la familia biológica o de origen, derivan las normas sobre el respeto internacional al derecho de guarda establecido por sentencia y de respeto y cumplimiento del derecho de visita. De ahí también surge el principio de la subsidiariedad de la adopción internacional como medida excepcional de colocación en familia sustituta, debiendo preferirse las soluciones temporales en un primer momento y la adopción nacional como solución definitiva, para sólo después, agotadas las posibilidades de colocación en el país de origen del menor, intentar una adopción internacional. La doctrina del mantenimiento del vínculo y del principio de la subsidiariedad quedaron establecidos en la redacción de los arts. 9 y 20 de la Convención de 1989 con el siguiente texto:

> "(...) los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño" (art. 9.1);
>
> "(...) los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño." (art. 9.3);
>
> "(...) los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio,

tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado" (art. 20.1);

"(...) los Estados parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños" (art. 20.2);

"(...) entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (art. 20.3).

El derecho de visita internacional quedó establecido en el art. 10 de la Convención y el derecho a una identidad cultural en el art. 8 de la misma. La libertad de opinión, la religión, de desarrollo como ser individual y las garantías que deben acompañar a estos derechos, quedaron establecidos en los artículos 6, 7, 12, 13, 14 y 15 de la Convención.

2. Ámbito particular: las Convenciones de la Conferencia de La Haya

564. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha ocupado de una manera especializada de la protección de los menores, en todas las épocas que marca la evolución de dicha organización. No se trata aquí del establecimiento de grandes principios ni de la declaración de derechos fundamentales del menor sino, como es propio de nuestra materia, de instrumentos técnicos para solucionar adecuadamente los supuestos internacionales relativos a menores. Así, de la primera etapa de la Conferencia cabe rescatar la Convención para regular la tutela de los menores (1902), del período posterior a la Segunda Guerra Mundial la Convención sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (1961), de la etapa actual la Convención sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños (1996), sin que eso signifique ignorar la trascen-

dencia de convenciones más específicas como las relativas a alimentos (1958 y 1973), a sustracción de menores (1980) o a adopción (1993).

565. En dichos textos se evidencia cómo ha evolucionado la reglamentación internacional de DIPr relativa a protección de menores, y no exclusivamente en la obra de La Haya. Un primer e importante dato estriba en la progresiva materialización de las soluciones adoptadas en la materia. En efecto, si hace cien años las normas elaboradas en esta materia se permitían ser relativamente "neutrales" (en el sentido más clásico de la metodología indirecta para la determinación del derecho aplicable), es evidente que las construcciones modernas están claramente orientadas a salvaguardar el interés del menor, principio y fin de toda la normativa convencional en vigor. Dicho interés no sólo se configura como el principio esencial para la elaboración de las convenciones; además, opera como parámetro, como auténtico condicionante, en la actividad de las autoridades encargadas de resolver los casos de aplicación de las mismas, las cuales no pueden adoptar decisiones que vulneren tal principio básico. Los textos convencionales brindan, en tal sentido, algunas concreciones del principio, como sucede con la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, la cual decididamente identifica el interés del menor con el derecho del mismo a tener una situación estable, permaneciendo en el país de su residencia habitual hasta tanto no exista una decisión de fondo que conlleve su traslado a otro país.

Así como se ha producido un giro desde cierta neutralidad (si es que ésta ha existido alguna vez en tanto característica del método conflictual), hacia una marcada materialización, es manifiesto que también ha tenido lugar una especialización de las respuestas normativas. Hoy no sólo existen convenciones sobre cada uno de los aspectos que tienen que ver con la protección de los menores, sino que en cada una de ellas las normas adoptadas regulan los más variados supuestos de hecho que eventualmente se pueden plantear en la práctica.

Otro dato interesante se observa cuando se analizan los sectores del DIPr implicados en las reglamentaciones convencionales de las distintas épocas. Así, se cae en la cuenta de que la Convención de 1902, acorde con su época, se limitaba a regular el derecho aplicable (y a una institución

muy concreta: la tutela). En la Convención de 1961, después de más de medio siglo de experiencia, el elemento central pasa a ser la competencia de las autoridades (judiciales o administrativas) para adoptar las medidas de protección. Y, en general, es la competencia la que determina el derecho aplicable; dicho de otro modo, la regla general es que la autoridad competente aplica su propia ley. En la última etapa de la Conferencia, los textos dan una relevancia muy singular a la cooperación entre las autoridades de los distintos Estados, la que se organiza a través de una figura que ha cobrado una enorme importancia: la autoridad central, verdadera base y garantía del buen funcionamiento del sistema (Droz, van Loon). Algunas de las convenciones, como la de sustracción de menores y la de adopción, se ciñen exclusivamente a este sector autónomo del DIPr. En la de protección de menores de 1996, en cambio, las normas de cooperación entre autoridades se plantean como "puente" que debe permitir la optimización de las reglas relativas a los demás sectores.

Finalmente, no es menos importante la constatación de que la Conferencia de La Haya partió de la consideración de la nacionalidad como criterio central de la reglamentación (en tanto punto de conexión de las normas indirectas de la Convención de tutela de 1902), pasó por la adopción a medias de la residencia habitual en la Convención de protección de menores de 1961, tanto para la competencia como para el derecho aplicable (y tan a medias que algunas cuestiones relativas a la nacionalidad –como la doble nacionalidad del menor– configuraron el "talón de Aquiles" de la misma, en palabras de Paul Lagarde), para dejar que la residencia habitual domine totalmente el panorama en las convenciones de la última época. No debe verse en esto nada más que una muestra de pragmatismo; hay también una toma de conciencia acerca del carácter más "real" (menos ficticio) de la residencia habitual.

III. Dimensión convencional americana

1. Tratados de Montevideo

566. El principio consagrado por el TMDCI de 1889 es que "(...) la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales se ri-

ge por la ley del lugar en que se ejercita" (art. 14). Esta disposición es "domiciliarizada" por el TMDCI de 1940, en el cual se establece que "(...) la patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita" (art. 18).

Algo similar ocurre respecto de los bienes de los menores. El art. 15 del texto de 1889 señala que "(...) los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallan situados". Por su parte, el art. 19 del TMDCI de 1940, establece que la ley del domicilio de quien ejercita los actos, es la ley aplicable para regir los derechos y las obligaciones referente a los bienes. Dice:

> "(...) por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enajenación y los demás actos que sean objeto, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes".

2. La importancia de la CIDIP y de las convenciones bilaterales

567. Como bien ha destacado Pedro Pablo Miralles, la CIDIP ha realizado una tarea encomiable en el ámbito de la protección de menores, tarea en la que ha desempeñado un papel fundamental el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la OEA que tiene su sede en Montevideo. Adopción, alimentos, restitución y tráfico internacional, cuentan así con sendas convenciones interamericanas, las cuales son analizadas en los capítulos respectivos. Lo único que queremos poner de relieve en este punto es que, pese a algunas dudas en cuanto a las incorporaciones en un primer momento, todas ellas están en vigor entre un número significativo de países y, lo que es aun más auspicioso, siguen produciéndose incorporaciones varios años después de la aprobación de las mismas.

No es menos destacable que varios de los temas de protección de menores apuntados hasta ahora también han sido objeto de convenciones

bilaterales concluidas por Estados latinoamericanos, la mayoría de ellas precisamente implicando a los Estados del MERCOSUR y a los asociados. Ni las convenciones interamericanas ni las bilaterales deben verse en modo alguno como un obstáculo a la buena aplicación de los textos de La Haya, ni como un esfuerzo redundante por innecesario. Los Estados americanos han hecho uso de la opción de incorporarse a uno o más de estos textos y la práctica jurisprudencial va permitiendo una actitud madura y eficiente en la aplicación de los mismos. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que los instrumentos regionales y subregionales no se han mostrado hábiles para dar respuesta a uno de los más siniestros episodios de que se tiene memoria en nuestro continente: el secuestro y el tráfico organizado de menores hijos de personas sometidas al atroz crimen de desaparición forzosa.

IV. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

A) Patria potestad

568. La protección de la niñez está contemplada en la Constitución nacional de 1994. A tenor de lo dispuesto, se delega al Congreso la facultad de dictar un régimen de seguridad social especial en protección del niño en situación de desamparo (CN art. 75 inc. 23). Asimismo, cabe consignar que se han incorporado con jerarquía constitucional una serie de Convenios internacionales que obligan a los Estados a adoptar medidas para proteger al menor desde el embarazo, por parte de la familia, de la sociedad y del Estado; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales –firmados en 1966– y, de forma específica, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (art. 75, inc. 22). Es dable advertir que desde las esferas internacionales se desplegó una amplia tarea doctrinaria y legislativa que repercutió en el orden interno.

En efecto, la ratificación de estos convenios obligó a reformular la legislación nacional para adecuarla a los principios contenidos en ellos, a la

vez que su incorporación con jerarquía constitucional impide el dictado de cualquier norma que pueda desconocer o contradecir tales directivas.

569. La legislación argentina entiende que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres tanto respecto a la persona como a los bienes de los hijos, desde la concepción hasta la mayoría de edad o su emancipación (art. 264 CC). La norma distingue los deberes y las facultades de los progenitores según incidan en la persona del menor, procurándoles una formación integral, de aquéllos de naturaleza patrimonial referidos a la administración de sus bienes. El ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos progenitores, salvo en el supuesto de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular, o nulidad de matrimonio, en que se atribuye al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

En este orden de ideas, los tribunales del país entendieron que el régimen de visitas no debe ser considerado como un efecto del juicio de separación o divorcio sino que debe encuadrarse "dentro de su sede natural, que es la patria potestad". Para determinar el tribunal competente a fin de resolver el régimen de visita del menor cuyos padres separados de hecho residen en distintos Estados –Uruguay y Argentina– el criterio a tener en cuenta debe independizarse del que determina la jurisdicción internacional del divorcio. (CNCiv-1, 26/12/1997 *"S.M., M.R. c/ A.P.C."*, *LL*, 1998-D-143).

570. La determinación de la jurisdicción internacional exige prudencia para evitar la posible asunción de la misma sobre bases endebles. Por tal motivo los tribunales nacionales decidieron que no procede la entrega de una menor al guardador nombrado por el juez chileno del último domicilio del causante, habida cuenta que la menor reside en el país con su madre viuda la que tiene la patria potestad según las leyes argentinas. En consecuencia, el Estado con jurisdicción internacional sobre la sucesión, no está dotado por esa sola razón de jurisdicción internacional para entender en las cuestiones atinentes a la patria potestad (*"Fernández de R.F. c/Román B. del Valle"*, *Gaceta del Foro*, Año IX, p. 169).

571. La jurisprudencia también se manifiesta a favor de reconocer el ámbito de la autonomía privada a los padres en la solución de los conflictos familiares, sin que las facultades supletorias concedidas a los jueces puedan llegar a suplir la voluntad y deseo de aquéllos. Esta fue la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que homologó un acuerdo realizado en sede judicial por los padres de las hijas menores del matrimonio. El núcleo de este acuerdo consistió en la radicación de las menores en Perú junto a su madre, fijándose un régimen de visitas según el cual las niñas permanecerían con su progenitor durante los períodos de receso escolar (CSJN, 22/12/1993, *ED*, 157-235).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había fundado su rechazo al pedido de homologación en lo dispuesto por el art. 264 *quater* del CC (texto según la Ley 23.264 de 1985 que exige el consentimiento de ambos padres para autorizar a sus hijos a salir del país (*"Recursos de hechos deducidos por M.J.F. y por Alejandro C. Molina –Asesor de Menores e Incapaces ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital Federal en la causa F., M.J. s/autorización"*, *LL*, 1994-A-159). Sin embargo, según señala la Corte, la mayoría del Tribunal de Apelación, no tuvo en cuenta los términos del pacto concertado por las partes después de iniciado el pleito ni tampoco ponderó que el precepto legal sólo prevé la intervención judicial cuando existan desavenencias entre los padres o medie imposibilidad de obtener el consentimiento de uno de ellos sobre aspectos trascendentes en la vida del menor. A través de ese acuerdo se aseguraba una vinculación estable de las hijas con ambos progenitores pues se preservaba el derecho del padre a mantener una razonable comunicación con ellas y a supervisar su educación, cumpliendo con los fines que la ley persigue. Además, no se afectó mediante el acuerdo el principio del orden público familiar y la autonomía privada mereció reconocimiento y tutela. El tema esencial planteado en este fallo es el de los límites de la intervención judicial, fundada en el interés superior del menor frente a la autonomía de la familia.

En otro caso, ante la falta de acuerdo de los progenitores, la CSJN consideró que procede el recurso extraordinario cuando la Cámara, supliendo el consentimiento que integra las facultades de uno de los padres –art. 264 *quarter* del CC– autorizó la radicación en el extranjero de parte del grupo familiar mientras durara el desempeño del cargo consular

que ocupaba la madre. De tal modo, a falta de nuevas circunstancias que justificasen un cambio, lo decidido no puede variar en tanto las actuales se mantengan. Sin embargo, en virtud del tiempo transcurrido desde la iniciación del incidente y a fin de paliar la incertidumbre en que se encuentra el grupo familiar, la Corte se pronunció sobre el pedido de autorización de traslado al exterior de los hijos de la actora. (CSJN, 13/5/1988, *"Echeverría de Villalba Díaz, María del C. c/ Villalba Díaz, Jorge I."*, *LL*, 12/10/1988).

572. En el caso *"B.B. c/ C.H., V."*, la Cámara Nacional Civil Sala "F" decidió el 30/5/1990 que:

> "(...) si bien el Estado posee un control sobre la forma en la que los padres ejercen su autoridad y decisión respecto del destino de sus hijos, su intervención se debe limitar a aquellos casos en los que la conducta de los padres exige su actuación para preservar el orden público y proteger a los menores. La potestad del poder jurisdiccional del Estado para sustituir a los padres en el ejercicio de los derechos que les son inherentes, sólo se justifica cuando hay elementos que manifiestamente se revelan como peligrosos para los menores" (*LL*, 1991-C-198).

573. Ahora bien, frente a la carencia de normas determinantes de jurisdicción, como de la ley que debe regir las relaciones paterno-filiales, la doctrina propone colmarla mediante la aplicación analógica de las disposiciones del TMDCI de 1940, según el cual la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita –art. 18 y art. 56– (Goldschmidt, Orchansky), o bien, atenerse a la ley y a la jurisdicción de la residencia habitual del hijo (Boggiano).

En el asunto *"S.M., M.R. c/ A.P.C."*, citado precedentemente, la Sala I de la CNCiv se inclinó por esta última opción, al privilegiar la actuación del juez del lugar donde el menor tiene su centro de vida. De esta manera se asegura la tutela jurisdiccional más rápida y efectiva, cumpliendo así con el principio de efectividad, aspecto clave en la resolución de casos de DIPr (Boggiano). Se acataría también el precepto de la Convención sobre los derechos del niño que obliga a los Estados parte a garantizar a los menores su derecho de ser escuchados en todo proceso judicial

que los afecte y de expresar su opinión libremente en función de su edad y madurez (art. 12).

La residencia habitual del hijo es también la conexión empleada para decidir la ley que rige el ejercicio de la patria potestad, ya que no puede ejercerse aquel poder sino en el lugar en donde se encuentra la persona sujeta a la potestad. Por tanto el domicilio de quienes la ejercen está en el lugar de su representación. La cuestión se complica cuando se trata de padres separados que viven en países distintos de donde no es posible determinar, *a priori*, si ha de considerarse al hijo domiciliado en el país del padre, en el de la madre, o en ambos, en tanto la patria potestad les corresponde a los dos. En este supuesto cobra relevancia interpretar la norma en el sentido de entender que el lugar de ejercicio de la patria potestad se identifica con el de la residencia habitual del hijo.

B) Tutela y otras instituciones de guarda de los menores

574. A diferencia del vacío legislativo que existe en materia de patria potestad, los supuestos internacionales referidos al instituto de la tutela encuentran amparo en la regulación contenida en el Código Civil argentino. El sistema de DIPr prevé soluciones a fin de garantizar el cuidado, la representación y defensa del menor en la hipótesis de que no pueda obtener protección a través de la patria potestad. Las normas determinantes de jurisdicción internacional se inspiran en la conexión domiciliaria como solución general, la que se proyecta preferentemente al ámbito del derecho aplicable. Así, será el domicilio de los padres del menor al tiempo de su fallecimiento el que determine el juez competente para el discernimiento de la tutela (art. 400). Esta norma deja sin solucionar los supuestos en que la necesidad de designar un tutor provenga de la privación a los padres del ejercicio de la patria potestad (art. 307 CC, texto según la Ley 23.264).

El art. 401 contempla dos hipótesis: la primera se configura cuando los padres del menor tenían su domicilio fuera del país el día de su fallecimiento y la residencia en la República. El segundo supuesto se produce cuando los padres tienen domicilio en el extranjero el día en que se trataba de constituir la tutela y la residencia actual está en el país. En el caso es también competente el juez de la residencia actual. Al no tratarse de

una norma multilateral, ha sido interpretada literalmente de modo tal que se entiende que sólo otorga competencia concurrente al juez de la residencia si ésta se encuentra en la República y el domicilio fuera de ella.

El catálogo de soluciones a efectos de determinar la jurisdicción para el discernimiento de la tutela se completa con la norma que contempla la situación de los menores abandonados o expósitos, estableciendo que será competente el juez del lugar donde éstos se encuentran (art. 403).

575. No son frecuentes los conflictos que en la órbita internacional origina este instituto, por ello nos referiremos a un caso al que constantemente alude la doctrina para ilustrar la aplicación de estas normas atributivas de competencia. Con motivo de la sucesión de Alejandro Zuker, la CNCiv 1ª de la Capital Federal se pronunció sobre la jurisdicción competente en el tema. El menor Carlos Octavio Zuker, había sido internado por el padre en un sanatorio suizo a causa de su demencia. A los pocos meses de fallecer su progenitor, domiciliado en Buenos Aires, el menor adquirió la mayoría de edad. El juez suizo tomó inmediata intervención y designó curadora a una pariente, que en vida del padre cumplía funciones de vigilancia, la que compareció ante la sucesión abierta en el país. Los tíos del menor impugnaron el nombramiento de la curadora y su personería, alegando que emanaba de un juez incompetente en la esfera internacional, pues consideraron que la competencia para discernir la tutela y curatela correspondía al juez del último domicilio del causante que se encontraba en la República. La Cámara hizo lugar a la oposición y resolvió la cuestión a favor de la competencia argentina por aplicación de los arts. 400 y 475 del CC (*Gaceta del Foro*, 99-223 y *JA*, 38-1045).

576. La protección del menor a través de la tutela abarca la doble dimensión de relaciones que ésta genera. Entre los deberes y las facultades del tutor se distinguen los de naturaleza personal de los de naturaleza patrimonial. Con respecto a los primeros, según el CC, se aplica la ley del país a que pertenece el juez que ha discernido el cargo. Con relación a los bienes impera el principio del fraccionamiento, pues será aplicable la ley argentina o la ley extranjera del lugar de situación de los bienes muebles o inmuebles del pupilo (arts. 409 y 410), refiriéndose el art. 404

a bienes situados en la República fuera de la jurisdicción del juez que ha discernido la tutela.

C) Situaciones de urgencia y provisionalidad

577. Los antecedentes jurisprudenciales sobre esta materia son abundantes y muestran palmariamente la necesidad de legislar sobre la misma atento a que el CC no contiene un régimen de DIPr para las situaciones de urgencia y provisionalidad atinentes a la protección de los menores. Ante esa laguna normativa, la doctrina propone diferentes alternativas: por un lado, recurrir a la aplicación analógica de las prescripciones de fuente convencional según las cuales estas medidas se rigen por la ley y son de la competencia de los jueces del lugar en donde residen los padres de familia, y tutores o curadores (arts. 30 y 61 del TMDCI de 1940). Esta normativa se interpreta de forma extensiva ya que se considera que no sólo se trata de la residencia de los padres, sino también de la persona sobre la que recae la medida urgente (Goldschmidt).

En tanto que la otra posibilidad es atenerse a la ley y jurisdicción de la residencia habitual del hijo, porque tener en cuenta únicamente el derecho del progenitor significa desconocer los mejores intereses del menor quien debe dejar de ser objeto de las facultades que la patria potestad otorga a los padres, para pasar a ser sujeto de protección de normas jurídicas. Esta posición privilegia la proximidad del magistrado con la problemática del menor y facilita la coincidencia entre *forum* y *jus*.

578. Por la primera de estas alternativas se inclinó el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 13 Nom. al aplicar analógicamente los Tratados de derecho civil internacional de Montevideo, admitiendo la jurisdicción internacional argentina de la residencia con carácter concurrente, para entender en una medida urgente de restitución (Rosario, 21/4/1976). De igual modo, la CSJN acudió a dicha fuente convencional para decidir la aplicación de la ley argentina a fin de resolver sobre una medida precautoria referida a la tenencia de un menor. El Alto Tribunal ordenó su inmediata restitución a la República, a cuyo efecto se libró exhorto diplomático a España, donde el menor se encontraba con la madre, quien lo había trasladado a ese país en ejercicio del derecho de

visita (*"M.O., R."*, *LL*, 1983-C-51). Hay que destacar que ambos casos se resolvieron antes de la entrada en vigencia de la Convención de La Haya de 1980 (ver Cap. 16).

La Cámara Nacional Civil Sala B manifestó en un principio que la vía analógica era el camino propicio para solucionar un conflicto planteado ante sus estrados, pues sostuvo que:

> "La carencia de previsión expresa de nuestra ley positiva respecto de las medidas a adoptar para la restitución de menores en el ámbito internacional permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay el 31 de julio de 1981 aprobado por Ley 22.546, por plasmar normativamente los fundamentos que nutren este delicado tema de minoridad".

Sin embargo, la Cámara se aparta de ello ya que de haber seguido el criterio, debió considerarse incompetente para entender en el asunto, pues en este caso la residencia habitual de la menor se encontraba en Chile. La decisión se funda en la necesidad de proveer al interés de los menores, y aconseja que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de los hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales ya que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior; como así también, que tratándose de medidas cautelares, pueden decretarse sin audiencia de la contraria ordenando la restitución de la menor a su madre que se encontraba en Chile (*"P.H., M.C. c/ N.L., E.A."*, *LL*, 1991-A-324).

579. Desde el ángulo de aplicación de las normas convencionales, la jurisprudencia entendió que una acción de reclamo de la guarda y restitución de una hija menor es una medida urgente. En el caso, la residencia de las personas se consideró como el lugar en que se encontraba la menor con su madre antes que el padre la trasladara desde Montevideo a Buenos Aires. La Cámara Civil, Sala D, de la Capital Federal cumplió la medida cooperante solicitada a través de un exhorto remitido por el juez uruguayo a quien consideró competente para pedir la restitución de la menor por tratarse de una medida urgente (*LL*, 86-184).

D) Formalidades de la organización de la institución protectora

580. En orden a las instituciones de protección de los incapaces deben distinguirse los aspectos sustantivos de los formales. El discernimiento de la tutela constituye un acto procesal por el cual el juez pone al representante en posesión del cargo. En el derecho internacional privado interno es preciso sujetarse a lo dispuesto por los arts. 400 a 405, particularmente a la norma multilateral de la que se desprende la aplicación en todo lo que atañe a la tutela, de la *lex fori* del juez competente para discernirla (art. 404).

2. Brasil

A) Aspectos generales

581. Los temas clásicos de protección de menores en el DIPr, como son abandono y desaparición internacional de menores, adopción internacional, guarda y visitas internacionales, secuestro y restitución de menores, obligaciones alimentarias y combate al tráfico de menores, se encuentran todos regulados directa o indirectamente en Brasil en las normas de la Ley 8069/1990, Estatuto del niño y adolescente (*Estatuto da criança e adolescente* (ECA), cuyas reglas son consideradas imperativas o de orden público), y, subsidiariamente, en las de los Códigos Civil y Penal (según indica el propio art. 6 del ECA).

Es importante señalar que el término "menor" adquirió una connotación negativa en Brasil en la década de 1980, a tal punto que la ley brasileña no lo utiliza más. En 1990 el Código de Menores fue sustituido por el ECA, que hace referencia a los "niños y adolescentes", y los jueces de menores hoy se denominan jueces de infancia y juventud. Todo ello es para evitar el uso de una palabra que quedó marcada por expresiones referidas a la calle (los tristemente célebres *meninos da rua*), al abandono y a la delincuencia.

582. En lo que se refiere a la protección de menores en general, determina el ECA, en su art. 5, que "(...) ningún menor o adolescente será

objeto de cualquier forma de abandono, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión", así como en el art. 18 establece el "deber de todos" de velar por la dignidad del menor, resguardándolos de cualquier tratamiento inhumano, violento, aterrorizante o vejatorio, y enumera los derechos fundamentales del menor en sus arts. 7 a 14: "(...) derecho a la protección a la vida y la salud, derecho a la libertad, al respeto y a la dignidad, derecho a la convivencia familiar y comunitaria, derecho a la educación, a la cultura, al deporte y al ocio, derecho a la profesionalización y a la protección en el trabajo".

B) Dimensión convencional

583. También son situaciones que revelan la falta de protección a la infancia y juventud, las múltiples formas de violencia contra menores y adolescentes aún existentes en Brasil, tales como malos tratos, la violencia sexual, la explotación del trabajo infantil, el tratamiento penal degradante. Brasil incorporó, además de la Convención sobre los derechos del niño de la ONU de 1989 (Decreto-Legislativo N° 28, de 14 de septiembre de 1990), las siguientes convenciones que procuran combatir estas prácticas: Declaración universal de los derechos humanos (Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1984); Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo, de 16 de diciembre de 1966; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de la infancia y la juventud - Reglas de Beijing (Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985); la Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General que aprobó las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de jóvenes y las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil, con el nombre de "Directrices de Riad"; la Declaración universal y la Declaración americana de los derechos del hombre, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención americana de los derechos humanos (Decreto-Legislativo N° 27 de 26 de mayo de 1992, Decreto N° 678 de 9 de noviembre

de 1992) y, de la OIT, la Convención sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

584. Hay también que considerar la aplicación de un gran número de convenciones internacionales específicas sobre estos temas. Las convenciones internacionales, incorporadas todas al ordenamiento interno brasileño en la última década, son especiales en la regulación de casos internacionales de protección de menores, pese a los conocidos problemas de aplicación de la normativa convencional en Brasil. Cabe mencionar: 1) la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de la CIDIP IV (1989), aprobada por el Decreto Legislativo N° 3, de 7/2/1994, y promulgada por el Decreto N° 1212/1994; 2) la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores de la CIDIP V (1994), aprobada por el Decreto Legislativo N° 105, de 18/3/1994, y promulgada por el Decreto N° 2740/1998; 3) la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, aprobada por el Decreto Legislativo N° 79, de 15/9/1999, y promulgada por el Decreto N° 3413/2000; 4) la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción internacional de menores de la CIDIP III (1984), aprobada por el Decreto Legislativo N° 60, de 19/7/1997, y promulgada por el Decreto N° 2429/1997; 5) la Convención de La Haya relativa a la protección de menores y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1, de 14/1/1999 y promulgada por el Decreto N° 3087/1999; 6) la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de la CIDIP IV (1989), aprobada por el Decreto Legislativo N° 01, de 28/12/1996, y promulgada por el Decreto N° 2428/1997. Para un país durante muchísimo tiempo reacio a asumir obligaciones internacionales en el ámbito del DIPr, resulta un dato más que relevante y constituye un auténtico esfuerzo de modernización de su sistema jurídico.

C) Problemas particulares

585. En cuanto al derecho de visita, la jurisprudencia brasileña desarrolló algunas líneas originales de protección de menores. Por ejemplo, se destaca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro de

exigir "registro" de las sentencias brasileñas sobre guarda y derecho de visita en el país de residencia del otro padre, de forma de evitar la futura retención o secuestro de los menores en ejercicio del derecho de visita. Un caso paradigmático se dio con un divorcio al que se exigió su homologación en Alemania (lugar de residencia de uno de los progenitores) como condición suspensiva del derecho de visita en aquel país (MS 3629, 6ª Cámara Civil /TJRJ, unánime, sentencia de 26/11/1985).

586. Un último tema a ser tratado es el domicilio del menor. Como enseña Amilcar de Castro, el domicilio es el elemento de conexión por excelencia del sistema brasileño y constituye el estatuto personal y su determinación requiere *animus*, voluntad, capacidad plena, intención manifiesta de cambio y también *corpus*, elemento fáctico, la residencia, conforme se desprende del art. 31 del CC. Como el menor no puede válidamente establecer su domicilio recibe un domicilio legal. El domicilio *legal del menor* es aquél determinado por el art. 7 párr. 7 de la LICC (semejante al art. 24 del Código Bustamante), donde el domicilio de los padres se extiende a los dependientes, a los incapaces y –antes de la Constitución Federal de 1988– a la mujer casada. Habiendo disputa de los padres por el menor, el domicilio de éste es aquél del padre o madre con quien está. El STJ ya tuvo oportunidad de manifestarse sobre el tema, en caso interno y de proceso civil, pero que puede ser análogamente destacado aquí, pues el domicilio de origen del menor prevaleció, y no el domicilio del padre que pretendía tener la guarda del menor a través del referido proceso (STJ, Conflicto de Competencia 20.765-MS, 24/8/1998, Ministro Nelson Naves).

3. Paraguay

587. La Constitución nacional contempla diversas disposiciones de protección a la minoridad. El art. 54 se ocupa específicamente "De la Protección del Niño", estableciendo que:

> "(...) la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio ple-

no de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente".

Sin duda corresponde a los padres, a la familia, la mayor responsabilidad de protección. Así, el art. 53 CN, respecto de esta cuestión, refiere: "(...) los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria (...)". El mismo artículo establece la equiparación en derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales por cuanto consagra que "(...) todos los hijos son iguales ante la ley. Ésta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales". El art. 55, finalmente, dispone que "(...) la maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines".

588. En el ámbito convencional, el Paraguay es parte de los TMDCI de 1889 y 1940; dentro de la CIDIP, ha ratificado la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (Ley N° 899/96), la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (Ley N° 929/96), y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (Ley N° 1062/97).

Es parte además de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, que ha sido ratificada por Ley N° 57/90, así como de la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), ratificada por Ley N° 1/89. Respecto de la Conferencia de La Haya, es parte de la Convención sobre sustracción de menores de 1980, que ha sido ratificada por Ley N° 983/96, y de la Convención de adopción internacional, ratificada por Ley N° 900/96.

589. El Código del Menor (Ley N° 903/81) en su art. 8 establece de forma general los derechos de los menores, disponiendo que:

> "(...) todo menor tiene los siguientes derechos: gozar de la protección prenatal y a nacer en condiciones adecuadas con la debida asistencia sanitaria; al cuidado de su salud y a recibir la asistencia médica necesaria; a recibir alimentación, educación, alojamiento y vestimenta adecuados a su edad y sexo; a recibir trato humano de sus padres, tutores o guardadores; a la vida familiar en su hogar, toda vez que ella no constituya peligro físico o moral; en caso de orfandad o abandono, a recibir trato familiar en un hogar o en un establecimiento adecuado; a tener padres responsables, conocerlos y ser reconocidos por ellos; a recibir el trato y la atención que correspondan a sus aptitudes y capacidad físico-mental; a recibir tratamiento de rehabilitación en caso de padecer de deficiencias físicas o psíquicas; y, a heredar a sus padres. Esta enumeración no importa negación o limitación de otros derechos inherentes a la personalidad del menor."

La Ley N° 1680/2001 (GO 4/6/2001) sancionó el "Código de la Niñez y la Adolescencia", que establece disposiciones sobre los menores en general, incluyendo aspectos vinculados al menor infractor.

590. La patria potestad constituye el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección. En el Código Civil paraguayo lo relacionado a la filiación y la relación con sus padres, se encuentra reglado en el Libro I, Título III "De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia", Capítulo XI: "De la Filiación".

Los efectos de la filiación con relación a los padres, y el ejercicio de los derechos y las obligaciones de éstos para con sus hijos o de quienes los sustituyan, son reglados en el Código del Menor, tal como lo dispone también el artículo 1° de la referida ley. El art 248 CC se remite expresamente al mismo: "(...) la patria potestad, la adopción y la tutela se rigen por las disposiciones de la Ley N° 903/81, Código del Menor".

591. La Ley N° 1/92 establece algunas disposiciones vinculadas a estas obligaciones; en su artículo 8 dispone que:

> "(...) los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar y a solventar las necesidades de alimentación y educación de los

hijos comunes, y de las uniones anteriores que viviesen con ellos. Esta contribución será proporcional a sus respectivos ingresos, beneficios o rentas. Si uno de ellos se encontrase imposibilitado de trabajar y careciese de rentas propias, el otro deberá hacerse cargo de todos los gastos expresados" (arts. 10 al 29 y 67 al 91 del Código del Menor, y arts. 225 al 247 CC).

4. Uruguay

A) Aspectos generales

592. La normativa referida al régimen internacional de la protección de incapaces es escasa. Como lo ha sostenido Alfonsín, "(...) es de orden público internacional que todo incapaz desamparado debe ser protegido, por lo cual, todo incapaz abandonado hallado en el territorio uruguayo es sometido a protección cualquiera sea su domicilio", según surge de los arts. 339 y 342 CC. El concepto de abandono no ha sido definido expresamente en nuestro derecho, por lo que corresponde recurrir al sentido "natural y obvio" del término (art. 18 CC). Alonso Díez se inclina por utilizar el criterio subjetivo, que se basa en la conducta negligente o dolosa del padre que "abandona" a su hijo, para determinar el "abandono" a los efectos de la pérdida de la patria potestad o de la legitimación adoptiva, y el criterio objetivo, que atiende a la situación de desamparo en que haya quedado el menor, por la causa que fuere, cuando estamos en el terreno del derecho tutelar (arts. 119 a 125 Código del niño y Convención sobre los derechos del niño). Y concluye que estos conceptos no son trasladables de un campo a otro, porque si así se hiciere, se correría el riesgo de que quedaran desprotegidas aquellas situaciones en que el estado de riesgo no hubiere sido ocasionado por culpa.

Los mecanismos de protección instrumentados por el derecho interno uruguayo para proteger a aquellos incapaces domiciliados en su territorio son la patria potestad, la tutela y la curatela. Los incapaces domiciliados en el exterior y provistos allí de protección, pero que se encuentran en Uruguay por cualquier circunstancia, no son sometidos a los mecanismos de protección local, salvo que eventualmente se requiera una medida provisional o de urgencia, ya que se encuentran bajo la pro-

tección organizada por la ley y las autoridades competentes del lugar de su domicilio. Dicha protección puede ser ejercida en Uruguay, reconociéndosele eficacia extraterritorial, siempre que no afecte el orden público internacional, y no existan limitaciones provenientes de la *lex rei sitae*, de la *lex fori* o de la protección de los terceros.

Así, las medidas de carácter real que establezca la ley del domicilio del incapaz a su favor, como por ejemplo la hipoteca legal, o el usufructo que la ley del domicilio concediere a los padres sobre los bienes de los hijos, sólo será eficaz cuando concuerde con la ley del lugar de la situación de esos bienes. Las medidas judiciales exigidas por la ley del domicilio del incapaz como mecanismo para su protección, como la venia judicial, la aprobación u homologación judicial, etc., pueden plantear problemas cuando requieren ser cumplidas en otro Estado. Alfonsín interpreta que la venia judicial impuesta por la *lex domicilii* debe ser otorgada por el juez del Estado del domicilio del incapaz. Con respecto a la homologación judicial en cambio, dependiendo del caso, serán competentes los jueces del domicilio del incapaz, los del lugar del acto o de la situación de los bienes. Para que la representación de un tutor o curador tenga eficacia en un país distinto al de su discernimiento, deberán cumplirse los requisitos de publicidad (inscripción en el Registro público correspondiente) exigidos por el derecho del Estado donde pretende ejercerse la misma. Los incapaces que no tienen domicilio ni residencia en Uruguay, sólo son sometidos a curatela especial o curatela *ad litem*, cuando debiendo actuar en el Uruguay o teniendo allí bienes o intereses, no se haga presente la protección organizada en el exterior (Alfonsín). Los curadores *ad litem* son nombrados por el juez que conoce en la causa respectiva (art. 459).

B) Ley aplicable y juez competente en materia de protección de menores

593. El Código Civil define la patria potestad como "el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad", y establece que la misma "será ejercida en común por los padres" (art. 252). El art. 280.2 del CC (texto dado por el art. 1° de la Ley N° 16.719 de 11/10/1995) fija la mayo-

ría de edad a los 18 años. Cuando el menor no está sometido a patria potestad, por ejemplo como consecuencia de la pérdida de la patria potestad de los padres, la guarda de su persona y bienes quedará a cargo de un tutor, cargo que es "deferido por la ley o en virtud de una autorización de la ley" (art. 313). El derecho de la patria potestad ha sido amparado por la jurisprudencia, recurriendo al mecanismo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, admitiendo la reparación del daño causado por desconocimiento de la misma, en sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, de 31/5/1988 (*RUDF*, N° 6, p. 7).

El juez del domicilio del menor es competente para el discernimiento de la tutela y para dirigir todo lo relativo a la tutela, aunque los bienes estén fuera de su jurisdicción (art. 367). Conforme al art. 34, el incapaz "no tiene otro domicilio que el de sus padres, tutores o curadores". Aclara Alfonsín que por domicilio del representante legal debe entenderse el real, y no el constituido o declarado. Advierte que se produce aquí un círculo vicioso con el art. 2393, que regula la capacidad por la ley del domicilio. Los tutores y curadores cuyos cargos fueron discernidos en Uruguay tienen aquí domicilio forzoso, conforme los arts. 352.6 y 431. Por su parte los incapaces que carecen de representante legal carecen de domicilio; para adquirirlo deberán primero ser provistos de representante legal. De esta forma pasan a tener su domicilio allí donde lo tenga su representante legal.

Con respecto a la ley aplicable, el art. 382 establece que "La administración de la tutela discernida por los Jueces de la República, será regida exclusivamente por las normas de este Código, si en la República existiesen los bienes del menor y si éste tuviese en ella su domicilio". Señala Alfonsín que esta norma "parece imponer como segunda condición para que la tutela organizada en el Uruguay sea exclusivamente regulada por la ley uruguaya, que el menor esté domiciliado en el Uruguay. Interpretado de este modo, del artículo resulta que una tutela organizada en el Uruguay para proteger a un menor domiciliado en el exterior debe ser regulada por una ley extranjera; pero la hipótesis no es factible", ya que la ley extranjera respectiva referirá a otros órganos responsables de la organización de la protección, que pueden no existir en el derecho uruguayo. Es necesario por tanto que la protección se regule por la ley del Estado que la organiza.

594. Dado que los mecanismos de protección instaurados por cada Estado entran a funcionar cuando la persona carece de capacidad plena, resulta necesario que el régimen de protección se armonice con el de la capacidad. De lo contrario, podría suceder que conforme a la ley reguladora de la capacidad, la persona fuera incapaz, mientras que conforme a la ley competente para regular la incapacidad, la persona no resultare sujeta a ninguno de los mecanismos de protección. O a la inversa, que conforme a la ley que regula la capacidad fuera capaz, pero conforme a la que regula la protección, debiera someterse a algún sistema de protección previsto en ella. Además, es necesario que todas las instituciones de protección referidas a una misma persona operen armónicamente, para lo cual deben regularse por la misma ley (Alfonsín). En cambio cuando se trata de lo que Alfonsín llama "vinculaciones contingentes", es decir de dos relaciones que pudieron haber permanecido recíprocamente ajenas pero que se relacionan por accidente, no hay razón para someterlas a la misma ley. Es el caso del divorcio de los padres del incapaz y el régimen de protección de éste, o el posterior matrimonio de uno o ambos padres. En estas situaciones, cada categoría debe estar regulada por su propia ley.

Como consecuencia de lo expresado, la capacidad, la patria potestad, la tutela y la curatela deben ser reguladas por la misma ley. Esta ha sido la solución adoptada por el codificador nacional en el art. 2393, el cual no distingue entre condiciones y consecuencias de la capacidad, regulando ambas por la *lex domicilii*. Por tanto, se desprende que la protección de los incapaces se regula por la *lex domicilii* del incapaz, es decir, aquella del Estado donde tengan su domicilio sus representantes legales. Será esta ley la que establecerá qué actos puede realizar el incapaz y cuáles no, si éste necesita representante o asistencia para realizar determinado acto, si debe cumplirse determinada forma habilitante para cierto acto, como la venia o autorización judicial, la cual deberá otorgarla el juez del domicilio del incapaz, etc. Dicha ley determinará también quiénes están sujetos a protección, qué protección corresponde al incapaz (patria potestad, tutela, curatela, etc.), cómo se organiza cada protección, cómo se ejerce la protección, quiénes pueden ejercerla, quiénes pueden excusarse de su ejercicio, etc. (Alfonsín).

El art. 2396 regula las relaciones de los padres con sus hijos por la ley del domicilio matrimonial. Señala Alfonsín que esta norma es de aplica-

ción reducida, ya que no incluye a los hijos de padres desconocidos, los ilegítimos, los huérfanos y los hijos legítimos cuyos padres carecen de domicilio matrimonial (divorciados, etc.), por lo que concluye que esta norma "sólo significa que la patria potestad sobre los hijos legítimos se regula por la ley del domicilio de ambos padres cuando viven de consuno".

595. Dado que la protección de los incapaces es de orden público, el Estado donde se encuentre transitoriamente el incapaz o donde éste deba actuar, tenga bienes o intereses, puede verse en la necesidad de brindarle protección. Alfonsín menciona el caso en que en el país de su domicilio no se haya organizado todavía su protección regular, como sería la situación de un menor que estando de viaje en el extranjero con sus padres queda huérfano; ese Estado extranjero deberá brindarle protección hasta tanto lo haga el de su domicilio. Otro caso sería el de un incapaz que tuviere que comparecer en juicio, aceptar un legado, etc., en un país que no es el de su domicilio, y cuyo tutor carece de atribuciones para actuar fuera de su domicilio. El Estado extranjero deberá proporcionarle un curador especial, u otra forma de protección. Concluye Alfonsín que estas medidas provisionales o de urgencia deben ser adoptadas por las autoridades territoriales, conforme a su ley. La competencia de dichas autoridades locales cesa ante la intervención del protector regular, pero los efectos de las medidas de urgencia por ellas adoptadas permanecen firmes, no pudiendo ser revisadas por las autoridades regularmente competentes.

596. Conforme al art. 2401 CC, los jueces del Estado cuya ley es aplicable a la relación, es decir los del domicilio del incapaz, son competentes para entender en los juicios a los que dé lugar la protección de los incapaces, como las controversias entre protector y protegido sobre la guarda del incapaz, la administración de los bienes, la rendición de cuentas, las impugnaciones contra el protector (juicio de pérdida de la patria potestad, remoción de tutor, etc.), entre los padres sobre la protección y guarda del hijo. Con respecto a las cuestiones relativas a las medidas provisionales o de urgencia, por su parte, son competentes los jueces del Estado donde las mismas se adoptaron, en cuanto no afecten a la gestión global del protector (rendición de cuentas, responsabilidad del tutor, etc.) (Alfonsín).

Bibliografía complementaria

ALONSO DÍEZ, A., "Los conceptos jurídicos de abandono en materia de menores", *RUDF*, N° 12, 1997, pp. 95-121; CARNELLI, S., "Responsabilidad del Estado en el derecho de familia", *RUDF*, N° 6, 1991, pp. 7-13; CASTRO / SESSIN, "Traslado ilícito de menores. Su tratamiento en la Convención internacional de los derechos del niño y en la legislación nacional", *ED*, 165-877; CIURO CALDANI, M.A., "Convención interamericana de los derechos del niño. Su aplicación en el derecho interno argentino", *Investigación y docencia*, N° 22, 1994; DÍAZ PUJADO, D. / CALVO DE GROSS, L., "La rebaja de la mayoría de edad y su proyección en el derecho de familia", *RUDF*, N° 12, 1997, pp. 75-79; DREYZIN DE KLOR, A. (coord.), *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996; GROSMAN / POLAKIEWICZ, "La autonomía de los padres para decidir el traslado y lugar de residencia de sus hijos", *LL*, 1994-A-159; JARDIM, T. dal M., *Crime do desaparecimento forçado de pessoas - Aproximação e dissonâncias entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e a prática brasileira*, Brasília Jurídica, Brasilia, 1999; NAJURIETA, M.S., "Orden público internacional y derechos fundamentales del niño", *LL*, 29/4/1997; PARDO, A., "Protección extraterritorial de los derechos de padres separados o divorciados a la tenencia de los hijos y los derechos alimentarios de cónyuges e hijos", *ED*, 84-885; RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, 1992, pp. 465-497; TELLECHEA BERGMAN, E., "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el moderno derecho internacional privado interamericano sobre minoridad", *Infancia - Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 232, t. 65, 1993, pp. 1-61; WEINBERG, I.M. (dir.), *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Rubinzal, 2002.

Capítulo 16

Sustracción, restitución y tráfico internacional de menores

Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli

I. Aspectos generales

1. Introducción

597. El constante incremento de los medios de comunicación internacional, la flexibilización de las fronteras nacionales y la incidencia de variables políticas, sociales, culturales y económicas, son algunos de los factores que han contribuido a incrementar en las últimas décadas los desplazamientos transnacionales. Tales circunstancias produjeron una modificación en la unidad familiar que sufrió profundos deterioros con el consiguiente perjuicio de los menores. Una de las manifestaciones más evidentes que avalan la afirmación precedente es el notorio aumento de casos de menores sustraídos o retenidos indebidamente por alguno de sus progenitores, problemática a la que se suma una más grave aún que daña la integridad física y moral del menor, cual es ser objeto de tráfico ilegal en el ámbito internacional.

Frente a la nueva realidad en la cual el mayor perjuicio se centra en la desprotección en que quedan sumidos los menores, los Estados y las organizaciones internacionales se plantearon la necesidad de dar respuesta a estos cambios creando los instrumentos legales que contemplen los problemas generados por estos acontecimientos. Habida cuenta de ello, la restitución internacional de menores, las visitas internacionales y la prevención y sanción del tráfico ilícito comienzan a ocupar lugares de privilegio en las agendas de las reuniones celebradas en foros regionales y universales.

2. Descripción de las situaciones problemáticas

598. La restitución internacional de menores puede ser caracterizada en relación con una facultad de quien actúa como protector del incapaz, cuya guarda tiene obligación de ejercer y conservar. En consecuencia, se trata más de una actividad que de un concepto jurídico; se presenta como una cuestión práctica, inmediata, despojada de todo artilugio, con respecto a la cual se dan ciertos condicionantes.

Aunque su fundamento se halla en el estatuto jurídico del protector –guarda, custodia, tenencia u otra equivalente– no se trata de hacer valer su efecto connatural –la protección en sentido global– porque en la restitución no está en juego toda la institución de protección sino uno de sus atributos: el de ejercer y conservar la guarda o su similar. En este orden de ideas, bien puede señalarse que dada su naturaleza, es una figura autónoma por su objeto y específica por sus características procesales.

599. El instituto integra el área de la cooperación jurídica internacional. La asistencia entre los Estados, que de manera generalizada se ha desarrollado con la evidente intención de mejorar las relaciones jurídicas de los países en el plano internacional, adquiere en este tópico una importancia esencial. De la vinculación convencional de los Estados, depende la no aplicación de principios territorialistas que conducen a que el autor de la sustracción logre sus propósitos en desmedro de los intereses del menor que queda desarraigado de su medio ambiental, con los consiguientes perjuicios de diversa índole –psíquica, moral o física– hacia el niño y, desde luego, de los no menos legítimos de sus padres o cuidadores.

3. Alcance de las obligaciones de localizar y restituir

600. La innegable trascendencia que reviste esta figura jurídica en la sociedad, hace que desde un principio aparezca dibujado el aspecto teleológico, esto es el menor y su desarrollo, a través de su estabilidad locativa. A la luz de esta premisa, difícilmente se podrá apelar a los derechos de los progenitores o representantes legales o a la localización de

éstos para determinar la regulación. Piénsese que el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor, con frecuencia actúa con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país en el cual se radica. Es por ello que a la hora de establecer cuál es la ley aplicable y la jurisdicción que reúnen los requisitos para ser consideradas las más idóneas y las que brindan mayor certeza de protección al menor, debe tenerse presente que el objetivo en miras, es devolver el niño a quien ejerce y conserva su tenencia o guarda legal. Es en este sentido que señalamos la restitución internacional de menores como un procedimiento autónomo respecto del litigio de fondo.

601. La regulación del instituto debe contemplar ciertos límites a la obligación de restituir al menor. Así, quien se opone al retorno deberá demostrar a la autoridad judicial o administrativa competente que la persona, institución u organismo que tiene encomendado el cuidado del menor no ejercía efectivamente la guarda al momento del desplazamiento o de la retención o que consintió o prestó su conformidad con posterioridad a tales hechos. Obra también como límite a la obligación de restituir, el grave riesgo que ello pueda significar para el menor por exponerlo a un peligro físico o psíquico.

Ahora bien, producida la sustracción de un menor o cuando en ejercicio del derecho de visita el menor no es restituido conforme se hubiera establecido legalmente, el primer interrogante a plantearse es si existe una convención sobre la materia que vincule el país al cual ha sido trasladado el menor con el Estado desde el cual ha sido traído.

II. Solución en el ámbito "universal": Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980)

602. La comunidad internacional, consciente de la gravedad que genera el tema en análisis en la dinámica de las relaciones internacionales, elaboró la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, la que fue adoptada en la 14ª Sesión plenaria de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y signada el 25 de octubre de 1980.

1. Ámbito de aplicación

603. A los efectos de determinar el ámbito material de la Convención se planteó la tensión entre la aspiración de solucionar las situaciones de hecho y el deseo de respetar las relaciones jurídicas que se pueden encontrar en la base de esas situaciones. En tal sentido, el Convenio se arroga un doble objetivo: por una parte asegurar la restitución del menor que ha sido sustraído o retenido ilícitamente mientras que, por otra, garantizar el respeto de los derechos de guarda y de visita. En orden a lo señalado, el ámbito de aplicación queda circunscrito al supuesto fáctico que se produce por el desplazamiento o la retención del niño en violación a la relación jurídica subyacente a tal supuesto.

604. Su ámbito de aplicación territorial se extiende a los Estados contratantes, esto es los países miembros y no miembros de la Conferencia que ratificaron o adhirieron al Convenio, debiendo ser parte tanto el país de residencia habitual del menor como el de refugio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que respecto a los países adherentes la aplicación en ellos no es inmediata, ya que la Convención prevé que dichas adhesiones deben ser aceptadas por los Estados ratificantes para devenir operativas. Es decir que los Estados ratificantes sólo quedan vinculados con los Estados adherentes en la medida en que acepten dichas adhesiones.

La Convención de La Haya del 80 es una de las que más aceptación ha tenido y forman parte de su cuadro de incorporaciones países de todos los continentes, entre ellos, todos los del MERCOSUR.

2. Contenido

605. Los aspectos salientes que comprende la Convención, pueden ser sintetizados en los siguientes puntos:

– El desplazamiento del menor se considera ilícito cuando es en violación de un derecho de guarda (exclusivo o conjunto), otorgado según el derecho del Estado de la residencia habitual del menor (art. 3).

– Proporciona definiciones autárquicas de lo que debe considerarse "menor" (aunque indirectamente, al determinar la oportunidad en que

cesa la aplicación del convenio), y qué debe entenderse por "derecho de guarda" y "derecho de visita" (arts. 4 y 5).

– Prevé la designación de autoridades centrales para la tramitación de las solicitudes, estableciendo entre éstas un procedimiento de cooperación a los fines de asegurar el retorno del menor. Asimismo, contempla la posibilidad de que se designe más de una autoridad central cuando se trata de un Estado federal; empero, requiere la designación de una principal para que a su vez transmita los documentos necesarios a las demás (arts. 6 y 7).

– Quienes se opongan al pedido de restitución deberán demostrar que quien tenía encomendado el cuidado del menor no ejercía efectivamente la guarda al momento del desplazamiento o de la retención o que consintió o prestó su conformidad con posterioridad a tales hechos (art. 13.a). También admite que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido deniegue la solicitud de retorno cuando ésta importe un grave riesgo para el menor exponiéndolo a un peligro físico o psíquico o lo coloque en una situación intolerable (art. 13.b).

606. Cuando a través de un exhorto se solicita la restitución del menor, no se está pidiendo el reconocimiento o ejecución de una sentencia. El Convenio establece un sistema de colaboración fuera de lo normal, no pretende la ejecución de una decisión extranjera (que puede existir o no), sino que se trata de conseguir la más rápida devolución del niño al lugar de su residencia habitual inmediatamente anterior al desplazamiento ilegal. Se justifica así el establecimiento de un plazo de seis semanas a partir del inicio del procedimiento, para ordenar el retorno del menor (art. 11 del Convenio).

607. Cabe señalar que el Convenio no ha solucionado totalmente el problema generado por los desplazamientos o las retenciones ilícitas de menores debido a las diferentes interpretaciones y aplicaciones de que es objeto por parte de los Estados contratantes. Es por ello que resulta imprescindible que los jueces y operadores jurídicos conozcan acabadamente el procedimiento previsto frente a la sustracción o retención indebida del menor; la vía no es el exequátur ni tampoco una mera comisión rogatoria, sino que se precisa una decisión del juez o autoridad que,

esencialmente, deberá manifestarse sobre las causas de no devolución recogidas en el art. 13 del Convenio (Fernández Arroyo).

III. Solución en el ámbito interamericano: Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (Montevideo, 1989)

1. En general

608. A nivel regional, en el marco de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo, entre el 9 y el 15 de julio de 1989, se aprobó la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores que vincula a diez países de la OEA al 1°/12/2002, entre ellos todos los del MERCOSUR.

No es azaroso que dos de las tres Convenciones aprobadas por la CIDIP IV refieran a categorías pertenecientes al DIPr de minoridad y familia. La progresiva internacionalización en el continente y la dispersión del núcleo familiar producto de la incidencia de diversas variables que provocan desplazamientos humanos constantes, crearon el campo propicio para alentar reclamaciones ante los tribunales de la región, referidas a las cuestiones en análisis. Consecuentemente, ello incidió en la determinación de los tópicos que figuraron en la agenda de la IV Conferencia.

609. Siguiendo la metodología adoptada para la elaboración de los convenios en el seno de las Conferencias Especializadas, se trabajó sobre los instrumentos aprobados en las reuniones preparatorias, debiendo destacarse la invalorable colaboración prestada por el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la OEA, con sede en Montevideo. En el Período de Sesiones de enero de 1986, se aprobó el Proyecto de convención interamericana sobre restitución internacional de menores redactado por los Profesores Manuel Vieira y Roberto Mc Lean Ugarteche, respondiendo así a la solicitud del Comité Jurídico Interamericano. En marzo de 1989, el Prof. Opertti Badán presentó un nuevo documento basado en el anterior, cuyo objetivo fue contribuir a su actualización.

Obraron de fuente de inspiración del Convenio, la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, y los convenios bilaterales celebrados por Uruguay con Argentina (Convenio sobre protección internacional de menores, Montevideo, 31/7/1981); con Chile (Convenio sobre restitución internacional de menores, Montevideo, 15/10/1981) y con Perú (Convenio sobre restitución internacional de menores aprobado por Uruguay por Decreto-Ley N° 15.720 del 7/2/1985). Se advierte también, influencia del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de dicha custodia elaborado por el Consejo de Europa (20/5/1980).

610. La Convención interamericana vino a cubrir de manera oportuna un vacío legislativo entre los países del continente, si bien el número de ratificaciones no fue en un principio tan alto como se esperaba. Pudo influir en ello las dificultades que se manifestaron desde las primeras reuniones convocadas para su tratamiento. En efecto, en la reunión celebrada en San José de Costa Rica (mayo, 1991), el Profesor Friedrich Juenger, representante de la delegación norteamericana, se pronunció por la conveniencia de instar a los Estados miembros de la OEA a ratificar el Convenio de La Haya sobre secuestro internacional de menores. Expresaba como razón que "(...) difícilmente sería mejorable el tratamiento que el problema del 'secuestro' ha recibido en el Convenio de La Haya". Empero, sus argumentos no resultaron suficientemente convincentes y triunfó la posición de quienes entendieron que era mejor contar con un texto de alcance regional dentro de la obra de la CIDIP. En particular, pesó la característica antes apuntada de la Convención de La Haya: su carácter semi-cerrado (o semi-abierto, según se mire), que condiciona la efectividad de las adhesiones de los Estados no miembros de la Conferencia a la aceptación por parte de los Estados miembros ratificantes.

2. Ámbito de aplicación

611. En la determinación de su ámbito material se planteó la misma disyuntiva que fuera debatida en los trabajos preparatorios a la Conven-

ción de La Haya; esto es la búsqueda de equilibrio entre los intereses a resguardar. La solución adoptada resultó finalmente similar a la de la Convención de La Haya. En el artículo primero determina sus objetivos, que pueden enunciarse como los siguientes: a) asegurar la pronta restitución de menores que teniendo su residencia habitual en un Estado parte hubieran sido ilegalmente trasladados a otro, o que habiendo sido regularmente trasladados, hubieran sido ilegalmente retenidos, b) hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Los límites están dados por el marco civil de la retención irregular de menores, quedando excluidos de su tratamiento problemas de derecho penal, con la salvedad de lo establecido por el art. 26 del Convenio que reza: "La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito". Incorporar una disposición de derecho penal, criterio novedoso en este tipo de convenciones, motivó una reserva de la delegación panameña que visualizó en ello un límite a la competencia de las autoridades del Estado requerido considerando contradicho el espíritu de la Convención de limitarse a los aspectos civiles de la restitución internacional de menores. La solución de la CIDIP en este punto se inscribe dentro de la tendencia general de lograr la pronta restitución del menor cualesquiera sean las circunstancias del caso, evitando demoras producidas por un eventual planteamiento de prejudicialidad en el ámbito penal respecto del civil.

3. Contenido

612. Las hipótesis positivizadas por la Convención pretenden dotar a los tribunales de una regulación apta para atender este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito por su carencia de antijuridicidad, por no poner en principio en situación de peligro al niño ante un traslado realizado por parientes; por la falta de espíritu de lucro y porque aun tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta, en consecuencia, operable la extradición.

613. El convenio incluye una catálogo de definiciones por lo que bien puede afirmarse que se enrola en el criterio de brindar calificaciones autárquicas. Ello contribuye a la certeza, eficacia y celeridad requeridas en este instituto. Se recogen –aunque con algunas diferencias terminológicas– las definiciones receptadas en el Convenio de La Haya de 1980 y en el acuerdo argentino-uruguayo sobre la materia. Así, define que debe entenderse por derecho de custodia o guarda (art. 3, a); que comprende el derecho de visita (art. 3, b); y cuáles son las condiciones para considerar como ilegales, al traslado o a la retención (art. 4).

Para determinar la calidad de menor, coincide con la Convención de La Haya al valerse de una norma directa, por la que se considera menor "a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad" (art. 2). Ello no quiere decir que se modifique el límite de la mayoría de edad previsto por las legislaciones internas de los Estados parte pues, a lo que se limita la norma, es a fijar el máximo de edad de quienes quedan comprendidos en los supuestos de la Convención.

614. Los titulares de la acción, o sea las personas e instituciones legitimadas para instaurar el procedimiento, son los padres, tutores, guardadores o cualquier institución, según enuncia el convenio al definir como ilegal el traslado o la retención. O sea que están legitimados quienes ejercían su derecho individual o conjuntamente, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual.

Es necesario que los titulares de la acción se hallen en ejercicio efectivo de su derecho al producirse el desplazamiento o la retención. La *ratio* de la norma (art. 11, a), pretende de este modo evitar que quienes pueden interponer la restitución, se valgan de esta vía rápida y sencilla para obtener la guarda, en el Estado de la residencia habitual del menor. En cierta forma, se pretende impedir que a través de una medida procesal, se beneficien con la obtención de la que es una cuestión de fondo.

615. La competencia para conocer de la solicitud de restitución de menores se atribuye a las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual antes de su desplazamiento o de su retención, y la determinación acerca de la autoridad

encargada –judicial o administrativa– queda librada a la organización interna del Estado de la residencia habitual (art. 6).

Es dable observar que la recepción de la conexión "residencia habitual" por el derecho internacional privado con relación a la minoridad es mayoritariamente aceptada en cuanto supone una solución más adecuada y tuitiva de la protección de los niños que el domicilio legal, muchas veces no coincidente con el país de verdadera y estable residencia del menor, lo que puede determinar que un niño incorporado efectivamente a una sociedad en la que se está formando jurídicamente, resulte ajeno a la misma. Lamentablemente, la Convención no define qué se entiende por residencia habitual, aunque estimamos que el sentido que inspira la conexión es la presencia efectiva del menor en un Estado. En este sentido, es proporcionada por el Convenio bilateral argentino-uruguayo, al considerarla como el centro de vida del menor.

616. La Convención señala la obligatoriedad de cada Estado parte de designar una autoridad central, nombramiento que se comunicará a la Secretaría de la OEA (art. 7). En cuanto al rol que le cabe desempeñar a dicho órgano en el proceso de restitución del menor, una vez más cabe advertir la influencia que ejerció al respecto la Convención de La Haya. En efecto, las funciones de la autoridad central se equiparan, en gran medida, a las que corresponden a los jueces del proceso, destacándose la colaboración que debe prestar para que la restitución se efectivice, obteniendo, de ser necesario, datos que permitan localizar al menor, y facilitar así a los actores hacerse de la documentación necesaria. Le corresponde cooperar con las autoridades centrales nombradas por los otros Estados parte, intercambiando información sobre el funcionamiento del Acuerdo. Asimismo, está facultada para prescindir de los requisitos exigidos por el procedimiento para la restitución, si considera que puede obviarse la presentación de los mismos. Agiliza el resultado el hecho de que los exhortos y la documentación adjunta no requieran legalización cuando se remita por su intermedio, exigencia que también se omitirá si la vía empleada es la diplomática o consular (art. 9.4).

El artículo 10 establece que el juez exhortado, la autoridad central, u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de

conformidad con su derecho, "todas las medidas que sean adecuadas para la devolución del menor".

617. Las actuaciones previstas para la restitución se caracterizan por la celeridad, al establecer plazos breves para las mismas, y por la flexibilidad de las disposiciones acordadas, en cuanto conceden amplias posibilidades a las autoridades competentes para obrar con un ponderado y prudente criterio axiológico en aras de la efectivización del proceso. Se trata de un procedimiento sumario que no prejuzga sobre la cuestión de fondo de la guarda y que, una vez cumplidos los requisitos básicos establecidos en el propio interés del menor, asegura su reintegro al medio en el cual está desarrollando su formación espiritual, intelectual y física, sin demoras lesivas a ésta.

En este orden de ideas, es ilustrativa la opinión de doctrina autorizada al considerar que la piedra angular sobre la que descansa el procedimiento de restitución está contenida en el art. 16, en el cual, en un todo de acuerdo con el objetivo primordial de la Convención, se prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor se encuentra en virtud de un traslado o retención ilegal, decidir sobre el fondo del derecho de guarda, una vez que han sido informadas de la producción del hecho. La norma citada no impide iniciar la acción de guarda paralelamente o con posterioridad a la recepción de la solicitud; lo que se pretende es evitar que se adopte una decisión sobre el fondo –derecho de guarda– hasta tanto se cumplan las condiciones exigidas.

618. La obligación de restituir cesa por dos causas: 1) si se demuestra que no se reúnen las condiciones de la Convención para el retorno del menor, y 2) hasta que un período razonable haya transcurrido sin que se inste el procedimiento de la misma (art. 16).

La imprecisión de la terminología conduce a interpretar la regla en forma concordante con las otras normas que integran la Convención. Siendo así, por una parte, puede estimarse *razonable* el plazo que se establece para instaurar los procedimientos previstos en el instrumento –un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiera sido trasladado o retenido ilegalmente (art. 14)– y, por otra parte, cabe acudir al art. 13, que estipula un plazo de cuarenta y cinco días ca-

lendario, a contar desde que la autoridad requirente recibe la resolución disponiendo la entrega, para que se cumplan los recaudos que harán efectivo el traslado del menor. De no respetar este término, la restitución ordenada queda sin efecto. En el primer caso, se contempla la hipótesis anterior al procedimiento, se toma como punto de partida la fecha de traslado o retención. Mientras que en el segundo supuesto, la acción se ha iniciado pero no fue instada.

Cabe consignar que la razonabilidad del período a que se refiere el art. 16, se compadece con el supuesto del art. 14, pues tanto en lo previsto por dicha norma como en la que se analiza, los tiempos comienzan a correr con anterioridad al inicio del procedimiento; de allí que bien podría servir de parámetro para la apreciación de las autoridades competentes.

4. De la oposición y del orden público internacional

619. En el supuesto que frente a una solicitud de restitución, una persona –física o jurídica– pueda demostrar que: 1) quien la solicita no ejercía efectivamente su derecho de cuidado o guarda al momento del desplazamiento o retención, 2) que ha prestado su consentimiento después de producido el desplazamiento o retención; 3) que existiere un grave riesgo de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico; 4) que el menor se opusiera a regresar, quedando a criterio de la autoridad exhortada juzgar que por su "edad y madurez" la opinión del menor puede tenerse como decisiva, se podrá denegar la solicitud (art. 11).

El primero de los supuestos señalados, que encuentra su fuente en el art. 13, a) de la Convención de La Haya de 1980, pretende no dar cabida a confusión entre el procedimiento de la restitución y el de guarda.

La causal señalada en el segundo apartado, al igual que en las otras hipótesis relacionadas, debe presentarse dentro de los ocho días hábiles, contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor, notificando a quien lo retiene. Se exige una fundamentación cuya valoración, en cuanto a las circunstancias y pruebas aportadas, está a cargo de las autoridades requeridas que, por cierto, no quedan obligadas por la oposición planteada.

La importancia que se otorga a la opinión del menor, quien adquiere verdadero protagonismo en el proceso, requiere de las autoridades competentes un meticuloso análisis de las circunstancias particulares, a la vez que una muy prudente valoración de la madurez del menor, frente a la posibilidad de que se descarte la aplicación de la misma.

620. Otra posibilidad que admite la Convención para que las autoridades requeridas no den curso a la restitución del menor es la dispuesta por el art. 25, que recepta la excepción de orden público internacional. Este recaudo se positiviza de manera acotada, estableciendo límites precisos, ante la posibilidad de apartarse de la aplicación del convenio. A la normalmente receptada calidad manifiesta de la violación de los principios fundamentales del Estado requerido por las convenciones interamericanas, se agrega la que pudiera producirse a principios consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

5. Relaciones con otras convenciones

621. La circunstancia de que los Estados ratifiquen o adhieran a diferentes textos legales sobre el mismo tema, a nivel universal y regional podría aparecer como una secuencia baladí que obliga a plantear el problema de la duplicación de fuentes frente a la necesidad de respetar una mínima coherencia sistemática. Sin embargo, al asumir como cierto que el universalismo es hoy uno de los rasgos definitorios de la Conferencia de La Haya, cabe afirmar que todos somos tributarios de él y que, por cierto, el regionalismo no tiene por finalidad competir con aquél, ni siquiera obrar de modo desvinculado y reiterativo. En todo caso, es en la interrelación de las fuentes a través de los órganos de creación, donde se pone de manifiesto el valor de la coordinación, como el gran lenguaje necesario de la comunidad internacional y no sólo del DIPr. En esta línea de ideas es dable observar que existe hoy una creciente interdependencia que reasegura la coordinación, resultante de la evolución de la comunidad internacional, y es dentro de este marco que se atiende al papel del regionalismo respecto al universalismo más como un criterio de

funcionalidad en la distribución de la tarea codificadora global, que de una suerte de provincianismo científico aislacionista.

Es por ello que el legislador convencional interamericano se ocupó particularmente de regular las relaciones entre la Convención en análisis y otros instrumentos normativos sobre el mismo tema. Por un lado, reafirma lo dicho que, con respecto al Convenio de La Haya de 1980, recepta la fórmula de compatibilidad del art. 34 por la que entre los Estados de la OEA rige la Convención interamericana, aunque sean parte del Convenio de La Haya, salvo que los propios Estados parte lo convengan diferente (art. 34).

En tanto que en el art. 35 adoptó una postura de no restricción respecto a la vigencia de otros instrumentos actuales o futuros, bilaterales o multilaterales, entre los Estados parte. La fórmula de no restricción se extiende también a "las prácticas más favorables" que los países ratificantes de la Convención pudieran observar sobre la materia.

IV. Aspectos penales y civiles del tráfico internacional de menores: *Convención interamericana sobre tráfico* internacional de menores (México, 1994)

1. En general

622. En el sentido moderno se entiende por tráfico un "comercio más o menos clandestino, vergonzoso o ilícito". Este concepto que estuvo siempre asociado a la circulación y transmisión de mercaderías, aparece ahora ligado a los niños que son trasladados de su país de origen a otro Estado con ánimo de lucro, o para obtener cualquier otro beneficio para sí o para terceros.

Según el informe de la publicación anual de la UNICEF, *"Progreso de las Naciones" –La Nación*, 30/6/1989– por lo menos un millón de niños ejercen la prostitución en Asia y el resto del mundo no está excluido de esta aberrante actividad. Asimismo, alarman los datos proporcionados por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas –septiembre 1991– que detallan algunas de las causas –pobreza, desintegración de la familia, privaciones sociales, migración– de lo que gráfi-

camente titula *"El comercio de la vergüenza"*. Es por ello que constituía un imperativo para los países adoptar las medidas necesarias para disminuir este flagelo.

La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores firmada en México, D.F., el 18/3/1994, trata de regular este aspecto nuevo, tiene un campo de acción distinto, ya que no existen instrumentos internacionales específicos para combatir el tráfico y las ventas de menores. Los convenios anteriormente analizados, abordan los desplazamientos internacionales ilícitos de menores en el ámbito de las relaciones familiares –violación de los derechos de los padres, tutores y guardadores–, hipótesis diferentes a las reguladas por el de 1994.

623. Una herramienta jurídica poderosa para detener la venta de niños es la Convención sobre los derechos del niño –de 20 de noviembre de 1989– que llama la atención sobre el problema, e impone a los Estados la obligación de tomar todas las medidas necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas; así como para prevenir el secuestro, la venta o la trata de niños, sean de carácter nacional, bilateral o multilateral (arts. 11 y 35).

La respuesta normativa supranacional al mandato expresado está representada por este convenio interamericano, cuyos objetivos inspiradores son: por un lado, el deseo de protección de la persona desvalida, de defensa de los derechos del niño; y por el otro, el de asegurar la pronta restitución del menor que ha sido víctima del tráfico internacional, al Estado de su residencia habitual.

624. El Proyecto de convención que se puso a consideración de la CIDIP V, fue elaborado por la Reunión de Expertos sobre tráfico internacional de niños realizada en Oaxtepec, Morelos, México, del 13 al 16 de octubre de 1993. La Reunión fue convocada por el Instituto Interamericano del Niño, a fin de continuar con el programa de derecho internacional sobre niñez y la familia que esta institución desarrolla en las países americanos.

En la primera Sesión Plenaria, se destacó la necesidad de elaborar un instrumento internacional que contemple y sancione las conductas ilícitas descriptas. Los hechos demostraban que el problema se había agudi-

zado, a pesar de los importantes avances logrados a nivel regional y universal por las convenciones relativas a los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Se erigía así el imperativo de concertar soluciones en el campo penal. Para el estudio de la temática de la convención y la redacción de los proyectos, se integraron dos comisiones: la primera, dedicada a los Aspectos Penales, y la otra, a los Aspectos Civiles.

2. Ámbito de aplicación

625. *Ámbito de aplicación espacial.* El Convenio se aplicará respecto a cualquier menor con residencia habitual en un Estado parte o que se encuentre en un Estado parte, en el momento en que ocurra un acto de tráfico internacional contra su persona. Esta hipótesis contemplaría también la situación de niños con centro de vida en terceros Estados (art. 2).

Se emplea la conexión intermedia de la "residencia habitual", superadora del antagonismo entre nacionalidad y domicilio tradicionalmente en pugna. La conexión privilegia el carácter fáctico, real de esa noción, hace referencia a la efectiva integración de la persona en una comunidad, en un medio humano y social con el que se siente solidario y comprometido. Elegir como criterio el centro real de la vida del individuo y de la familia, ha permitido a los trabajos de codificación internacional tender un puente entre los países continentales, defensores de la nacionalidad, y los angloamericanos, partidarios del domicilio. Se trata de una calificación recibida en el ámbito convencional americano, tanto por tratados bilaterales como multilaterales.

El ámbito espacial original de la Convención lo constituyen los países del sistema interamericano, sin perjuicio de estar abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigor (art. 30). De este modo se consagra la clásica fórmula latinoamericana, amplia y generosa, con los Estados no partes del sistema. Entre los nueve Estados parte de la Convención, al 10/12/2002, se encuentran todos los del MERCOSUR.

626. *Ámbito de aplicación material.* La prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales, delimitan el objeto de la Convención. Se reafirma el prin-

cipio de que todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior, y se estipula la obligación de los Estados parte de colaborar con los demás en la lucha contra este tráfico ilegal. El interés superior del menor desplazado, consiste, en principio, en hacerlo volver al lugar de su residencia habitual (art. 1).

Como ya se dijo, este instrumento tiene una esfera de acción diferente a los elaborados en Montevideo (1989) y en La Haya (1980). Ello surge claramente del art. 3 cuando expresa que: "(...) abarcará los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia". La norma sólo comprendería los efectos civiles de los actos ilícitos cometidos por personas sin derecho de acceso al menor, eliminándose la posibilidad de superponer sus soluciones con otros textos referidos a la materia.

627. *Ámbito de aplicación temporal.* De acuerdo con el criterio habitual, el art. 33 establece que la Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes, el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación, o el trigésimo día a partir de la fecha del depósito de posteriores instrumentos de ratificación o adhesión.

Aunque se ha previsto que regirá indefinidamente, cualquiera de los Estados parte podrá depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el instrumento de denuncia, siendo necesario el transcurso de un año para que cesen los efectos del Convenio respecto del Estado denunciante (art. 34).

3. Estructura

628. La Convención consta de un Preámbulo y de treinta y cinco artículos divididos en los capítulos siguientes: Capítulo primero, Normas generales; Capítulo segundo, Aspectos penales; Capítulo tercero, Aspectos civiles; y Capítulo cuarto, Cláusulas finales. El Preámbulo esta compuesto de breves consideraciones efectuadas por los Estados parte que justifican la necesidad de elaborar la Convención, a la vez que señala sus

ejes temáticos: asegurar la integral y eficaz protección internacional de la niñez a través de una fluida cooperación entre los países.

Atendiendo al resultado sustancial que pretende lograrse, se utiliza una combinación de métodos y normas. Si bien la mayoría de las soluciones siguen el método conflictualista, cabe advertir el recurso a normas materiales dirigidas, algunas de ellas, a circunscribir el alcance del convenio sobre los destinatarios de la protección, y otras, a caracterizar las cuestiones a regular.

4. Calificaciones autárquicas

629. El art. 2 contiene las siguientes calificaciones propias, específicas, dotadas de autonomía que demarcan la nueva problemática:

Calidad de menor. La Convención opta por una norma material en lugar de elegir, por ejemplo, la ley de la residencia habitual para precisar hasta cuándo se extiende la niñez. Consagra un principio de uniformidad a los efectos exclusivos de su aplicación, con la finalidad de asegurar con ventajas la efectividad del instrumento internacional.

Al igual que la Convención sobre los derechos del niño (art. 1), afirma que se considerará menor a toda persona que no haya cumplido dieciocho años de edad. De este modo, toma distancia del límite de dieciséis años fijado por los convenios relativos a la restitución internacional de menores. Se ha suprimido el elemento indirecto del Proyecto de Convención del Grupo de Expertos que expresaba: "(...) salvo que dicho menor haya alcanzado antes la mayoría de edad de conformidad a la ley del Estado donde tuviere su residencia habitual".

Tráfico internacional de menores. El concepto básico se integró con la referencia a la conducta o tentativa de sustraer, trasladar o retener un menor de un país a otro, con finalidad ilícita y ánimo de lucro. Este último elemento, que obra como móvil del ilícito, adquiere particular relieve. En consecuencia, el tráfico queda definido cuando el intermediario ha recurrido a alguno de estos métodos: compra, consentimiento obtenido por fraude o por violencia, rapto, falsificación de identidad o filiación, con el propósito de lograr beneficios indebidos para sí o para terceros.

Conforme a la categorización efectuada, las conductas incriminadas son tres: sustracción, traslado o retención ilegal. El traslado concurre con delitos medios que se consuman en el país de la residencia habitual del menor (sustracción de menores, falsificación documentaria, etc.), y delitos fines (corrupción de menores, proxenetismo, explotación laboral, lesiones u homicidios para obtener órganos destinados a trasplantes, etc.), que se cometen en el país de destino del menor. Comprende la actividad realizada no sólo por individuos sino también por organizaciones. Con esta calificación autónoma se abarcan los aspectos civiles y los penales.

Propósitos ilícitos. Las motivaciones del tráfico internacional de niños pueden ser, por ejemplo: "prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito", conductas que pueden ser llevadas a cabo en el Estado de residencia habitual del menor, o en el Estado parte en el que éste se halle localizado.

Medios ilícitos. Entre otros medios se enuncian los siguientes: el secuestro, el consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o instituciones a cuyo cargo se halle el menor. Estos actos pueden efectuarse en el Estado de residencia habitual del menor, como en aquél donde éste se encuentre.

5. Cooperación internacional

630. La cooperación internacional entre autoridades constituye el eje sobre el que gravita el Convenio. Dicha cooperación obedece a la preocupación de los Estados por acentuar la defensa del menor y al deseo de dotar de efectividad al sistema de protección del mismo, obligándose los Estados a adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito (art. 1.b). Dada la finalidad del Convenio, la cooperación se extiende a los países no ratificantes, por cuanto los Estados parte están obligados a notificar a las autoridades de un Estado no parte, los casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional (art. 4).

La cooperación se traduce a nivel informativo que puede operar *a priori*, cuando los países asumen el compromiso de mantenerse mutua-

mente informados sobre la legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y de prestarse colaboración en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio (arts. 8.b y 17). La información también puede producirse *a posteriori*, pues una vez tomadas las medidas tuitivas y aseguratívas, se exige su comunicación a las autoridades del Estado donde el menor tenga su residencia habitual (art. 16).

La cooperación internacional se manifiesta también en el reconocimiento y la ejecución de las sentencias penales dictadas. La convención establece, siempre que el Estado parte formule una declaración en tal sentido, el reconocimiento y la prohibición del examen o revisión en cuanto al fondo de las decisiones penales pronunciadas en otro Estado contratante "en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores" (art. 23).

631. La Convención busca alcanzar sus objetivos mediante una estrecha colaboración entre los Estados, en especial a través de autoridades centrales que podrán dar y recibir directamente las informaciones previstas en los artículos respectivos. Su designación constituye una obligación potestativa de los Estados (art. 5). La efectividad del convenio va a depender en gran medida de la colaboración que deben promover las autoridades centrales con otras autoridades judiciales y administrativas de los países implicados, para obtener la localización y restitución del menor.

El proyecto preparado por el Grupo de Expertos regulaba más detalladamente esta función, al establecer que las mismas "(...) intercambiarán información y colaborarán con sus autoridades competentes (judiciales, de migración y otras) en todo lo relativo al control de la salida y entrada de los menores de conformidad con los objetivos de esta Convención" (art. 13). Esta forma de canalizar la cooperación es la adoptada desde un principio por las convenciones interamericanas en el sector de la asistencia jurídica internacional, ante la necesidad de efectuar ciertas actuaciones procesales (notificaciones, citaciones, pruebas, medidas de ejecución, etc.) en el extranjero, y posteriormente se la extendió a los mecanismos de protección internacional de los niños.

Por esta vía se pretende agilizar los trámites relativos a determinadas cuestiones y facilitar la obtención de los objetivos propuestos. Al ser el sistema más idóneo y efectivo cuando se trata de defender los derechos del menor, se le atribuyen amplias funciones que están enumeradas en varios artículos (8, 14, 16 y 17). Bastará comunicar quién es la autoridad central al depositario del convenio, para que ésta lo sea en relación con los demás países contratantes (art. 5).

La designación de una o varias autoridades es un asunto que las convenciones interamericanas dejan absolutamente a la decisión interna de los Estados que tengan ordenamientos plurilegislativos con organizaciones estatales complejas. Para facilitar el funcionamiento del convenio, el que haga uso de esta facultad designará una autoridad a la que podrá dirigirse toda comunicación. Con ese mismo fin, el Estado parte que decida tener varias autoridades y proceda a su designación, comunicará ese nombramiento a la Secretaría General de la OEA (art. 5, segundo y tercer párrafos).

En la Reunión de Expertos se remarcó la necesidad de implementar mecanismos de coordinación y cooperación entre las autoridades centrales de los Estado miembros, a fin de lograr mayor efectividad en la actuación de las mismas. En la comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, se propuso al Instituto Interamericano del Niño como el organismo encargado de desempeñar la función de coordinador de la actuación de las autoridades en materia de menores.

632. De acuerdo al art. 6, se procurará que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento. Se sigue en los lineamientos de la Convención sobre los derechos del niño, que proclama el derecho que el mismo tiene a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, y a no ser atacado en su honor o en su reputación (art. 16).

6. Aspectos penales

633. La Convención deslinda el tratamiento de los aspectos penales y civiles del tráfico internacional de menores, regulándolos en capítulos se-

parados. La comisión encargada de proyectar el texto correspondiente a los aspectos penales, decidió reglamentar sólo los aspectos básicos de carácter estrictamente internacional, confiando a la legislación de cada país el desarrollo pormenorizado del tema.

La reacción contra el tráfico de niños que esté asociado a cualquier actividad que afrente la dignidad humana (prostitución infantil, explotación laboral, servidumbre, etc.), debe manifestarse no sólo en una normativa de derecho internacional, sino en la obligación de los Estados de adoptar las medidas eficaces para prevenir y penalizar severamente el ilícito en el ámbito interno de sus países (art. 7). El empleo del adverbio "severamente", exterioriza el interés de la comunidad mundial de sancionar de modo agravado este delito.

Para cumplir los objetivos del convenio, los Estados se comprometen a prestarse asistencia mutua a través de las autoridades centrales, y a tramitar las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales conforme a los tratados internacionales que sean aplicables (art. 8.a). Cabe recordar que en el marco normativo de las Conferencias interamericanas se elaboraron varios convenios de cooperación jurídica internacional (exhortos o cartas rogatorias; recepción de pruebas en el extranjero; cumplimiento de medidas cautelares; eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros) que han sido ratificados por un número considerable de países. La información que deberán intercambiar las autoridades centrales sobre las características y alcances que el tráfico internacional de menores tiene en sus respectivos Estados, reviste particular importancia y contribuye eficazmente a la prevención de la figura delictiva (art. 8.b).

Asimismo, los Estados se obligan a disponer las medidas que sean necesarias para la remoción de cualquier obstáculo que impida la aplicación de la Convención en sus respectivos territorios (art. 8, inc.c). Por ejemplo, aquellos países cuyas legislaciones hubieren consagrado el secreto bancario, deberán prever la excepción de los procedimientos necesarios para probar el delito.

634. El convenio aparece informado por el principio de protección integral y eficiente del menor, al que se pretende dotar de la mayor efectividad posible. Es por ello que se distribuye la competencia penal para

conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores a través de conexiones múltiples de aplicación alternativa. Se asigna competencia al Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; el de residencia habitual del menor; en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuera extraditado; y aquél donde se hallare el menor víctima de dicho tráfico. Ahora bien, tendrá preferencia el Estado parte en el que habiéndose dado alguno de los criterios mencionados, hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito (art. 9).

La política legislativa que inspira el precepto, es la de facilitar el acceso a la jurisdicción internacional, brindando las más amplias posibilidades de opción que aseguren la prevención y sanción del delito e impidan la impunidad de los autores y partícipes del hecho.

635. La Convención estipula explícitamente que ella misma será considerada como base jurídica para conceder la extradición, respecto de aquellos Estados que no están vinculados por un tratado, o en caso de haberlo no prevea la entrega por este delito. Si los países no supeditan la extradición a la existencia de un tratado, reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos. El trámite del procedimiento judicial se realizará conforme al derecho interno del Estado requerido (art. 10).

636. El interés superior del menor, principio rector del Convenio, concede a las autoridades competentes –judiciales o administrativas– del Estado parte donde el menor se encontrare, la facultad de ordenar en cualquier momento su restitución, sin esperar la resolución del proceso judicial instaurado (art. 11). La norma sigue un criterio flexible, será responsabilidad del órgano competente evaluar el factor tiempo y procurar el inmediato retorno del menor a su centro de vida, a fin de evitar los perjuicios que el transcurso del mismo pueda ocasionarle. Armoniza esta solución con la establecida por las Convenciones de Montevideo de 1989 y de La Haya de 1980. Para conseguir el rápido retorno del menor, se debe tratar de organizar de la mejor forma posible la intervención de todas las autoridades internas y, muy especialmente, de la autoridad central.

7. Aspectos civiles

637. La Convención no limita el ejercicio del pedido de localización y restitución del menor, ha preferido delegar al derecho del Estado de la residencia habitual la misión de designar a los sujetos legitimados para movilizar tal pedido. La legitimación procesal del actor, entonces, se realiza ateniéndose a la *lex causae*, o sea, al ordenamiento del Estado de la residencia habitual del niño (art. 12).

638. El artículo 13 admite la facultad de elegir, entre diversas opciones predeterminadas, la autoridad competente para conocer de la solicitud de localización y de restitución. La competencia va a recaer en las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde tuviere el menor su residencia habitual –como las más interesadas y las mejores situadas para conocer de la solicitud–; o las del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido –como una posibilidad más diligente para lograr su restitución–.

La otra elección a que tiene derecho el actor, está condicionada por razones de urgencia, en este caso se podrá acudir ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito, el que puede ser un país diferente a los mencionados anteriormente. Calificar la urgencia es una cuestión que queda librada a juicio de los reclamantes. Estas conexiones alternativas tienen como finalidad facilitar a los titulares de la acción el acceso a la jurisdicción internacional.

La norma se refiere indistintamente a las autoridades judiciales o administrativas, como un medio de compatibilizar el sistema latinoamericano con el del *common law*, concordando, asimismo, con el principio que informa a las Convenciones de Montevideo de 1989 y de La Haya de 1980. La localización de menores trasladados o retenidos ilegalmente, constituye una medida preparatoria tendente a asegurar la efectividad del proceso de restitución.

639. La solicitud de localización y restitución podrá ser tramitada vía autoridad central o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo anterior (art. 14). Como está comprometido el interés público, el procedimiento para viabilizar el pedido es sumario, con

menor injerencia de las partes y mayor participación de la autoridad central. Domina en el trámite la nota de urgencia, por lo que las facultades de las autoridades requeridas son las de prestar su cooperación al Estado requirente.

Cabe subrayar el carácter cooperacional que ha inspirado los artículos que conforman este procedimiento restitutorio, aplicable tanto al capitulo penal como al civil. A nuestro modo de ver, como esta disposición comprende ambos aspectos, hubiera sido más conveniente ubicarla en el Capítulo de las Normas generales.

La autoridad requerida, o sea la del Estado parte de localización del menor, tomará de inmediato las medidas necesarias para velar por su salud física o moral, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, y todas aquellas tendentes a evitar la desaparición del incapaz para que la devolución no se vea frustrada (v.gr. cierre de fronteras).

El artículo, en su tercer párrafo, expresa que la solicitud debe ser fundada; sin embargo, no se especifica cuáles son los requisitos imprescindibles que la misma deberá acreditar. En este aspecto se diferencia de la Convención sobre restitución internacional de menores de 1989 que menciona detalladamente los requisitos a los que debe ajustarse el pedido (art. 9).

El plazo establecido para promover las solicitudes de localización y de restitución varía, según sea el Estado parte el titular de la acción o no. El primero dispone para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días, mientras que los otros titulares deberán interponer sus reclamos en un plazo de ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícita del menor.

Cuando no se conozca el paradero del menor, y con la finalidad de no perjudicar a los titulares de la acción, se conviene que el plazo anterior no comience a contarse sino desde el momento de la localización.

No se ha estipulado término alguno para hacer efectivo el retorno del niño, el último párrafo del artículo sólo expresa que se adoptarán las medidas para proveer su inmediata restitución. Frente a la importancia del tema, no resultaría ocioso insistir una vez más en que en el derecho de los menores –tanto interno como internacional– el elemento tiempo, su transcurso, es de vital consideración.

El art. 16 ha previsto un deber de protección del menor a cargo de las autoridades competentes del Estado donde se encuentre el incapaz, sien-

do suficiente tomar conocimiento de la situación. Dichas autoridades tomarán la medidas tuitivas y asegurativas que sean necesarias, las que serán comunicadas vía autoridad central a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor.

640. En la medida en que la comunicación se transmita vía consular o diplomática, o a través de autoridades centrales, el convenio prescinde del requisito de legalización de los documentos relativos a las solicitudes de localización y restitución de niños. La vía empleada asegura suficientemente la autenticidad del pedido. La exoneración se extiende cuando la solicitud de cooperación es cursada directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados parte.

Los requisitos formales se completan con la exigencia de la traducción de documentos al idioma oficial del Estado parte requerido, como seguridad jurídica añadida en la tramitación procedimental. Respecto a eventuales anexos a la solicitud, la demanda se simplifica, pues bastará la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales del mismo (art. 15).

8. Cuestiones particulares

641. El art. 18 desglosa el análisis del problema en tres cuestiones esenciales. El primer párrafo admite que se declare la anulación de las adopciones y de otras figuras jurídicas, cuando tuvieren su origen en el tráfico internacional de menores. No obstante, la declaración no es inflexible, por cuanto cada caso deberá ser resuelto teniéndose presente en todo momento "el interés superior del niño", sin que ello implique avalar la conducta delictiva. Esta salvedad es muy importante, ya que, si bien se debe evitar el empleo fraudulento de instituciones legítimas, la autoridad competente, con ayuda interdisciplinaria, deberá merituar en cada caso si conviene o no declarar la nulidad de la adopción, evitando que la sanción provoque un daño mayor al menor.

Consideramos que es relevante tener en cuenta el tiempo transcurrido entre el otorgamiento de la adopción, y la interposición de la acción de nulidad. Es necesario proteger al menor, cuando se encontrare en una

situación consolidada del punto de vista espiritual y material. Lo que se pretende es respetar del modo más efectivo la persona del menor que es el verdadero titular de derechos.

En ese sentido, sigue los lineamientos de la Convención sobre los derechos del niño que consagra al interés del menor como principio inspirador en la materia, al establecer en el primer párrafo de su art. 21, que "(...) los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial".

La tercera cuestión está relacionada con la competencia, pues corresponderá a las autoridades del Estado que se han pronunciado sobre nulidad de la institución, valorar cuál es el interés del menor. La anulación se relaciona con el acto de constitución de la figura, por lo que también debe haber un paralelismo en cuanto a la ley aplicable a las dos etapas.

Cuando la norma se refiere a las autoridades sin ningún calificativo, significa que la Convención no toma partido en cuanto al carácter de las autoridades encargadas de disponer su anulación, no especifica si éstas deben ser judiciales. Cabe destacar el alejamiento que esta solución efectúa respecto a la recogida por la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores de 1984, que atribuye exclusividad a la autoridad judicial para decretar la nulidad de la adopción (art. 14). No se ha previsto plazo alguno de prescripción para el ejercicio de la acción anulatoria.

642. El tráfico internacional de menores constituye asimismo causal de revocación de la guarda o custodia –institutos que en muchas ocasiones son previos a la adopción–, en las mismas condiciones previstas en el artículo precedente (art. 19). Es preciso señalar un distanciamiento en la regulación de este supuesto, puesto que la norma omite identificar a las autoridades ante las que se debe interponer la acción, como las leyes aplicables a la misma. Ahora bien, el silencio normativo puede salvarse a través de la remisión efectuada a la regla anterior. En consecuencia, a las autoridades y a la ley de constitución de la guarda o custodia, correspondería pronunciarse sobre su revocación.

643. El art. 20 establece la independencia del proceso de restitución al aclarar que: "(...) la solicitud de localización y de restitución del me-

nor podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación y revocación previstas en los artículos 18 y 19". Estas acciones, conforme se desprende del Informe final, podrán ser objeto de un ejercicio posterior.

A nuestro entender, es en este punto donde la Convención merece mayor objeción. En efecto, en el supuesto de invocarse el tráfico ilegal donde esté en juego una adopción jurídicamente otorgada, como la norma admite el pedido de restitución por separado y por acción independiente, estimamos que la restitución efectiva del menor sólo debería proceder ante la previa resolución de nulidad o revocación de la adopción y por la misma autoridad que la concedió. La intención es apuntalar la seguridad jurídica de la máxima institución de protección de la minoridad abandonada.

644. Los gastos y las costas de la localización y restitución del menor deben ser soportados por los agentes del tráfico internacional, siempre que dicho particular u organización haya sido parte de ese procedimiento y cuya responsabilidad hubiera sido decidida después del debido proceso.

El convenio pretende asegurar la protección del menor, devolviéndolo a su centro de vida, finalidad que está por encima del resarcimiento de los gastos derivados de la prestación del auxilio. Por esta razón, considero que se podría haber previsto expresamente que los Estados parte interesados se harán cargo de los gastos, costas y todas aquellas erogaciones efectuadas, a fin de facilitar el retorno del menor, aun en los casos donde los responsables no se encuentren en condiciones de solventarlos.

Si los gastos y las costas no hubiesen sido fijados en procedimiento penal o de restitución, los titulares de la acción, o en su caso, la autoridad competente, podrán entablar acción civil para obtener su resarcimiento, incluidos los honorarios profesionales y aquéllos derivados de la localización y restitución del menor. Correrá a cargo de los responsables del tráfico del menor, reparar los daños y perjuicios –materiales y morales– causados por el hecho punible a las personas físicas o jurídicas afectadas. El derecho interno de cada Estado parte determinará la autoridad competente y el procedimiento para solicitar tal reparación (art. 21).

645. Al igual que los instrumentos elaborados en 1989 y en 1980, la Convención en análisis elige el principio de gratuidad del procedimiento de restitución. Esta medida cumple dos finalidades: por un lado, facilita al máximo la colaboración internacional; y por el otro, elimina los obstáculos que restringen a los económicamente débiles, en su búsqueda de justicia.

Coadyuva a este objetivo la previsión de que los Estados parte se mantendrán mutuamente informados sobre la existencia en sus países de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza y otras instancias de asistencia jurídica gratuita, conforme a sus respectivas fuentes normativas nacionales (art. 22). La gratuidad es prácticamente un principio en materia de menores, sin perjuicio de la acción repetitiva que se puede ejercer en contra del responsable del ilícito.

646. El art. 23 sienta el principio de la obligatoriedad del reconocimiento y de la ejecución de las sentencias penales emanadas de autoridades judiciales de otro Estado parte, en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores. La necesaria cooperación internacional se manifiesta, una vez más, al establecer la Convención el reconocimiento automático, la prohibición del examen o revisión en cuanto al fondo de las decisiones penales pronunciadas en otro Estado parte. La declaración por la cual los países asumen dicho compromiso, podrá ser realizada al momento de la firma, ratificación o adhesión a la Convención, o con posterioridad a tales actos.

Respecto a la validez del fallo penal dictado en extraña jurisdicción, corresponde recordar que la Convención interamericana de 1979 sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros extiende el reconocimiento a las sentencias penales en cuanto "refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito" (art. 1). Asimismo, cabe precisar que en el ámbito americano el camino había sido iniciado en 1928 por el Código de derecho internacional privado o Código Bustamante (art. 437).

Los Estados parte podrán declarar que en ellos no se podrá oponer en juicio civil la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando "(...) exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito pronunciada en otro Estado parte" (art. 26).

9. Relaciones con otras convenciones

647. La actitud tradicional de las convenciones interamericanas que regulan la cooperación jurídica internacional ha sido aceptar que los Estados puedan ser partes en otros convenios a través de las cláusulas de compatibilidad, que son los instrumentos destinados a evitar o resolver un conflicto entre convenios.

La introducción de la cláusula de concurrencia del art. 32, permitirá solucionar el mencionado conflicto, ya que deja a salvo lo dispuesto por otros convenios que en el momento de su entrada en vigor vinculen a los Estados parte. Conforme se desprende del relato de la Comisión sobre Aspectos Penales, esta norma garantizaría el objetivo convencional expresado en el Preámbulo y en el articulado, tanto en sus aspectos penales como civiles.

En el mismo sentido, y frente a la necesidad de prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, la Convención no restringe la libertad a las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados parte para celebrar tratados bilaterales sobre el mismo objeto, ni la posibilidad de establecer entre los Estados prácticas más favorables en orden a satisfacer tales propósitos (art. 27).

648. En suma, la Convención ha dado respuesta normativa al deseo de aunar esfuerzos para combatir los traslados ilícitos de menores al extranjero cuando ellos tienen lugar fuera del ámbito familiar. Los Estados reafirmaron así su voluntad de proporcionar al niño una protección jurídica especial, asumiendo el compromiso de prestar su cooperación para que los derechos del protegido se hagan realidad. Es una reglamentación presidida por el signo de la cooperación internacional, a la vez que instrumenta la forma de cumplir el mandato expresado por el art. 35 de la Convención sobre los derechos del niño. El ámbito de aplicación distinto no sólo facilitará la incorporación a esta Convención de Estados que ya forman parte de la Convención de La Haya de 1980, sino que favorecerá la vigencia y ratificación de la Convención interamericana de 1989.

Como el tráfico internacional de menores constituye una preocupación mundial, no se consideró conveniente incluir ninguna previsión de

orden público que pudiera obstaculizar esta lucha solidaria. La introducción de la excepción podría haber alterado todo el espíritu de la Convención.

Esta materia requiere la necesaria adecuación o ajuste entre el DIPr nacional y convencional. La Convención ha efectuado la tipificación del tráfico internacional con bases que pueden ser tomadas en cuenta por los Estados para luego proceder a insertarlas en el orden jurídico interno. La regulación nacional, entonces, podría elaborarse ponderando los tratados internacionales, ya sea por la reproducción de sus reglas o por la incorporación formal, en orden a generalizar la aplicación del procedimiento previsto.

Bibliografía complementaria

CALVENTO SOLARI, U., *Modernas tendencias del derecho de familia*, Montevideo, IIN, 1986; DREYZIN DE KLOR, A. (coord.), *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P, "Convención interamericana sobre restitución internacional de menores del 15 de julio de 1989", *Rev. Inf. Leg.*, año 28, N° 111, 1991, pp. 139-174; HERBERT, R., *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su temática de menores*, Montevideo, IIN, 1988; KALLER DE ORCHANSKY, B., *Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1983; OPERTTI BADÁN, D., *Restitución internacional de menores - Aspectos civiles* (Documento preparado para la Reunión del Grupo de Expertos sobre Secuestro y Restitución de Menores y Obligaciones de Alimentos, San José, Costa Rica, OEA, Mayo, 22-26, de 1989), Washington, OEA/Ser.K/XXI.4; PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, A. / RAMAYO, R., "La acción de amparo y la posibilidad de reconocimiento de una sentencia de tenencia de hijos en el derecho internacional procesal argentino", *ED*, 133-409; RETA, A., "Aspectos penales de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores", *RUDIP*, 1994, pp. 83-86; SOSA, G., "La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989)", *JA*, N° 5656, 1990, pp. 1-27; TELLECHEA BERGMAN, E., *Análisis en especial del Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina*, Montevideo, IIN, Unidad de Estudios Jurídicos, 1985; TELLECHEA BERGMAN, E., *Derecho internacional privado de familia y minoridad. Prestación*

internacional de alimentos - Restitución internacional de menores, Montevideo, FCU, 1988; TELLECHEA BERGMAN, E., "Aproximación a la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores de México, 1994", *RUDIP*, 1994, pp. 63-82; URIONDO DE MARTINOLI, A., "Restitución internacional de menores", *ED*, núm. 9281, 1997, pp. 1-4; UZAL, M.E., "Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980", *ED*, núm. 9090, 1996, pp. 1-8; VVAA, *La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles). II Jornadas de Derecho internacional privado*, Toledo, Patronato Universitario de Toledo, 1990.

Capítulo 17

Filiación

Cláudia Lima Marques

I. Aspectos generales de la filiación

649. El vínculo entre una persona y sus progenitores, padre y madre, se denomina vínculo de filiación. En el DIPr la filiación constituye una cuestión de singular trascendencia, pues la ley que regula este vínculo regirá el conjunto de deberes y derechos que resultan de la determinación, del reconocimiento y de la constatación del mismo, lo cual puede tener importantes efectos extraterritoriales. Este vínculo "progenitores-hijo" es uno de los elementos claves en la formación de la familia o de la entidad familiar, de ahí su gran importancia para el derecho interno material de cada uno de los países que forman el MERCOSUR y para el DIPr de estos respectivos países.

La verdad es que desde el derecho romano la "familia" o la entidad familiar se puede constituir de dos formas. De manera natural, a través de la procreación, al comprometerse por lo menos dos personas de sexo diferente y del consecuente nacimiento de nuevos miembros del grupo, que serán los hijos biológicos de estos progenitores, casados o no. Hoy la reproducción asistida multiplica las posibilidades de esta formación "natural" de la familia e incluye "terceros dadores o portadores", como el dador de gametos y óvulos en inseminación heterónoma y las denominadas "madres de alquiler". Desde que Holanda eliminara el requisito de la diferencia de sexos para la celebración del matrimonio, la participación de un tercero en la procreación puede hacer que el vínculo de

filiación natural se produzca dentro del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El segundo modo tradicional de formación de la familia es afectivo-jurídico, en el que un nuevo miembro integrará la familia no por su consanguinidad, sino por adopción. Esta adopción, determinada por sentencia o decisión estatal, encuentra su génesis en la voluntad declarada del padre o la madre adoptivo (padres adoptivos) de incorporar aquel individuo, total o parcialmente, en su familia, rompiendo o no los vínculos antes existentes. La adopción plena es la forma que ha recibido prioridad en los países del MERCOSUR, y lleva la inclusión completa del niño en su nueva familia y el total rompimiento de los vínculos de filiación antes existentes, motivo por el cual el Estado requerirá también la voluntad de los padres biológicos y decidirá de acuerdo al bienestar e interés superior del niño (manteniendo el vínculo de filiación original o rompiéndolo y sustituyéndolo por el vínculo adoptivo). La adopción de mayores presupone también la manifestación de voluntad del propio adoptado. La tendencia más actual del derecho de familia y del DIPr es permitir y proteger la manifestación de la voluntad lo mismo que para los niños en caso de adopción, cuando hay cierta edad, como se observa en los nuevos tratados internacionales sobre la materia.

650. Con la creciente internacionalidad y multiculturalidad de las familias, se multiplican los casos de filiación con elementos extranjeros que exigen respuestas que deben buscarse dentro del sistema de DIPr. Establecida por naturaleza o por adopción, la filiación genera una serie de efectos importantes. Desde una perspectiva que podríamos llamar sustancial, la filiación es una cuestión autónoma del DIPr, es parte del estatuto personal del individuo, pues tiene que ver con su definición o identificación como persona, determinando su nombre, su familia, su parentesco, sus deberes o derechos de alimentos y de la sucesión por parentesco, etc. Desde una perspectiva más formalista, la filiación adquiere un perfil más registral, integrando el marco de identificación personal de los individuos, y determinando por tanto la ley aplicable a la filiación, si alguien debe o no ser registrado como hijo de otro. Estos dos perfiles normalmente conviven en los derechos materiales del MERCOSUR. La filiación natural es establecida formalmente, por declaraciones

voluntarias y registros (ver por ejemplo el art. 231 CC paraguayo), por presunciones legales (matrimonio de los padres, fecha de nacimiento, con relación a la muerte, divorcio o separación, cohabitación de los padres en unión estable, posesión del estado de hijo, etc.).

La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el DIPr cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de "acción de filiación" o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad. La filiación en el DIPr puede aparecer no sólo de forma autónoma, como cuestión principal en un proceso (acciones de investigación de paternidad relativas a extranjeros o personas domiciliadas en el exterior, acciones de adopción internacional, etc.), sino también como cuestión previa o prejudicial, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores (por ej.: divorcio de extranjeros con definición de guarda de hijos y sus alimentos), acciones para determinar el nombre del individuo o acciones referidas al matrimonio de los padres y su validez o invalidez (en los países que también conocen la discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos y, por consiguiente, la figura de la legitimación de los hijos por el casamiento de los padres, así como en caso de casamiento del propio hijo y la determinación de los impedimentos dirimentes relacionados con el parentesco).

El establecimiento de la filiación por naturaleza o por adopción es uno de los temas mas polémicos del DIPr, toda vez que está intrínsecamente unido a la noción de familia (legítima o no), la noción de orden público (nacional e internacional), de medidas de protección de menores y niños, así como también está ligado a las garantías constitucionales y los derechos humanos de los hijos y de los padres.

En otra palabras, una vez determinada la ley que regirá, establecerá o permitirá contestar (y modificar) el vínculo o la relación que une a los "hijos" y sus padres naturales o biológicos (filiación por naturaleza) y adoptivos (filiación adoptiva), esa ley, con todas sus particularidades, nos dirá cómo se va a constituir o modificar el *status* de hijo, de padre o de madre, y habrá que ver en cada caso la eventual afectación de los derechos fundamentales de los menores (derecho a una identidad, a un nombre, a una nacionalidad, a mantener el vínculo con la familia biológica, a una identidad cultural, a saber su origen, etc.) y de los padres (honra, dig-

nidad, nombre, manutención de los vínculos familiares, posibilidad o no de negarse a hacer el examen de ADN, etc.). Cuando se determina la ley que establecerá el nuevo vínculo de filiación por adopción entre un menor y sus futuros padres adoptivos, se constituye y modifica el *status* de hijo. Este hijo se vincula totalmente o sólo en parte a la nueva familia; este hijo pierde o no el vínculo con la familia biológica de origen; este hijo recibe nuevos padres o mantiene el vínculo con los anteriores.

651. Polémico también es determinar los límites para esta ley aplicable. Aquí aparece en toda su dimensión el problema del orden público en DIPr. Es de suma importancia determinar, por ejemplo, si figuras tales como la filiación adulterina, incestuosa, espúrea, serán aceptadas, si la maternidad podrá ser libremente establecida o si mujeres casadas *ex lege* no estarán sometidas a acciones de investigación de maternidad, determinar si la ley aplicable puede –y en qué grado– discriminar patrimonialmente y en materia de denominaciones entre hijos tenidos fuera del matrimonio o si la ley puede discriminar hijos nacidos de métodos de reproducción asistida (por ejemplo, cuando el anonimato de los dadores de gametos y el derecho a saber su origen) en relación con otros hijos naturales. Decimos que este tema es polémico pues el derecho de familia material está intrínsecamente ligado a la cultura de una determinada sociedad, su religión dominante, sus hábitos sociales, sus valores, sus nociones básicas de respeto a las instituciones y a los seres humanos, a representar parte importante del orden público internacional en estos países. El DIPr autónomo y regional que establece la filiación es, pues, uno de los temas más nacionales, más condicionado culturalmente, de forma que es difícil aquí hablar de un DIPr del MERCOSUR o de la región, aunque puedan apreciarse algunas tendencias semejantes.

Los países de origen español se diferencian históricamente entre sí, pero poseen más proximidad en esta materia que Brasil, como país de tradición jurídica y lengua portuguesa. La propia noción de familia es diferente. Así, habiéndose opuesto Brasil a aceptar el divorcio, acabó desenvolviendo amplia legislación y jurisprudencia permisiva de la unión estable (o concubinato) como entidad familiar, recibiendo protección constitucional prácticamente igualable a la familia legítima y exigiendo la equiparación de derechos y de calificaciones a todos los hijos, bioló-

gicos o adoptivos. Uruguay, que fue más flexible en cuanto al divorcio, lo ha sido menos sin embargo en cuanto a los derechos derivados del concubinato, y a la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos. Argentina superó todas las diferenciaciones entre derechos de los hijos legítimos e ilegítimos hace relativamente poco tiempo, aunque sigue contando con la calificación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales. El Paraguay tuvo un desarrollo propio, bastante flexible en cuanto al reconocimiento de hijos extramatrimoniales y la "posesión del estado de hijo" (art. 235 CC), una vez que, adaptando su derecho material de familia a la cultura local, conoce la figura de la unión de hecho entre padres (art. 217 CC), pero mantiene la distinción terminológica "hijos matrimoniales" y "extramatrimoniales".

II. Establecimiento de la filiación por naturaleza

1. Aspectos generales de la reglamentación

652. La filiación natural o consanguínea resulta del hecho de la procreación, de la cual resultan, para los progenitores y sus descendientes, las relaciones de paternidad, maternidad, parentesco y el *status* de hijo, todas con fuertes efectos patrimoniales (obligaciones alimentarias) y personales (nombre, nacionalidad, domicilio, guarda, etc.), así como derechos sucesorios recíprocos.

Como mencionamos anteriormente, la filiación por naturaleza puede ser cuestión principal o cuestión previa en el DIPr, y va a ser regulada en los países del MERCOSUR bien a través de la ley general que regula todo el derecho de familia (por ejemplo, como en el art. 7 de la LICC brasileña), bien a través de normas especiales que indican la ley que regula la filiación (por ejemplo, véase la polémica para la aplicación del art. 2393 del CC uruguayo al caso). Si el ordenamiento jurídico nacional aún distingue entre hijos tenidos o no dentro de un matrimonio, generalmente este ordenamiento jurídico tendrá dos normas distintas de DIPr, una para determinar la ley aplicable a la filiación "legítima" y otra para la proveniente de la procreación natural entre dos personas no casadas (filiación extramatrimonial).

En la legislación y doctrina de muchos países actualmente se percibe una tendencia a considerar que debe ser, normalmente, adoptado un elemento de conexión concentrado en el hijo, o su domicilio o su residencia habitual, con algunos matices de interpretación diferenciados y posibilidad de acumulación de leyes. Se trata del reflejo en el DIPr de la evolución del derecho material dada a través de tratados internacionales sobre derechos de los menores y pactos de derechos humanos, postulando el tratamiento igualitario entre hijos tenidos dentro y fuera del matrimonio. Hoy, los derechos constitucionales de los países de América Latina (y por tanto también del MERCOSUR) incluyen, en su mayoría, como derecho fundamental, la igualdad de derechos entre todos los hijos. Efectivamente, en el nuevo DIPr la concentración debe ser en los derechos fundamentales del menor, del hijo, del sujeto más débil, cuyo *status* de hijo se está determinando o contestando en estas acciones.

653. Las acumulaciones de leyes son más comunes en los países que aún distinguen entre hijos legítimos e ilegítimos, pues estos países tienden a aplicar también al establecimiento de la filiación la ley del padre o de la madre que está siendo investigado como posible padre o madre del menor. Estas acumulaciones no han sido positivas para los hijos, pues antiguamente el vínculo de filiación sólo podía ser establecido si ambas leyes indicadas aplicables (por ejemplo: ley personal del padre o jefe de familia y ley personal del hijo) coincidían en la existencia del vínculo. En los países del MERCOSUR se han preferido soluciones distributivas, como las existentes en materia de filiación adoptiva (la ley del menor regula determinadas materias o prerrequisitos de la adopción y la ley de los padres adoptivos otras determinadas materias) y en materia de cuestiones previas la filiación natural fuera del matrimonio (por ejemplo: la capacidad del padre casado de registrar al menor de madre tercera como su hijo, la capacidad de la madre de reconocer un hijo ilegítimo por testamento, la representación del hijo menor cuya paternidad es contestada, serán reguladas por otras leyes que la que regula la filiación), al crear un *dépeçage* también en materia de filiación. Es por eso que el DIPr más actualizado permite la acumulación de leyes en materia de filiación, pero la atenúa con el principio de "favor filiación". Esto es, se aplican ambas leyes al caso, pero basta que una de ellas sea favorable a

la filiación para que ésta sea aplicada por el juez, pues la ley más favorable a la filiación recibe jerarquía superior a otra.

654. Como los elementos de conexión escogidos en los países del MERCOSUR generalmente tienen que ver con el domicilio o la residencia habitual del hijo, hay que mencionar que en materia de filiación hay una serie de conflictos móviles, esto es, puede surgir duda sobre cuál es el momento en que se debe aplicar esta "ley de filiación"; por ejemplo, hay que definir si tomamos en consideración el momento de la concepción o, si se tratase del domicilio histórico, la época del nacimiento, o la época de la proposición de la acción de investigación de paternidad. Siendo así, cada legislación nacional o, a falta de ella, la jurisprudencia (se supone que sobre la base de los estudios de la doctrina) de cada país debe determinar el momento en que este elemento de conexión (domicilio o residencia habitual del hijo) deberá ser tomado en cuenta. Generalmente, se opta por el domicilio a la época del nacimiento, momento en que la filiación por naturaleza pasa a ser más relevante, surgiendo una serie de efectos patrimoniales o personales. Nótese que en este momento, el hijo es un incapaz absoluto, luego, las legislaciones nacionales se nutren de normas de ayuda, como el párrafo 7° del art. 7 de la LICC brasileña, que determina generalmente que el domicilio (y la residencia habitual) de la madre a la época determinará el domicilio del hijo.

655. El hecho de que un menor nazca dentro o fuera del matrimonio siempre tiene importancia en el derecho de familia y hoy mismo, a pesar de todos los esfuerzos para un tratamiento igualitario para los hijos, cabe precisar que en DIPr las cuestiones y los detalles a regular en cada uno de estos casos son diferentes. Así, dos son los grandes temas del DIPr en materia de filiación por naturaleza. El primero es la ley aplicable para regular el establecimiento (determinación) o la constatación de la filiación por naturaleza dentro del matrimonio, las presunciones existentes en todos los países, así como la posibilidad o no de legitimación de los hijos a través del matrimonio posterior de los padres biológicos y las posibilidades (y los plazos) para que los padres constataran esta filiación. Estas cuestiones del DIPr son hoy complementadas por las técnicas de reproducción asistida, las cuales pueden incluir dadores de material

genético y madres de alquiler, como personas externas o terceras al matrimonio que intervienen en la filiación.

El segundo tema es la ley aplicable al establecimiento de la filiación por consanguinidad o naturaleza, fuera del matrimonio. En este caso de la procreación sin casamiento de los padres biológicos, el vínculo o la relación jurídica que une a un menor a su padre y a su madre biológicos aún está por ser jurídicamente establecido, sea por declaración de voluntad, por registro, por reconocimiento, o por acción de filiación, acciones de investigación de paternidad o de maternidad. No habiendo casamiento de los padres, las presunciones legales generalmente no existen, y el vínculo de filiación debe ser establecido en acción o registro propio, existiendo varias normas limitadoras que determinan cuándo y cómo puede ser constatado e investigado este vínculo, y también, cuándo puede ser reconocido voluntariamente o no, si uno de los padres es casado o si es caso de filiación incestuosa en la familia. Muchas de estas reglas, que venían a proteger la familia "legítima" o proveniente del matrimonio, se encuentran superadas en los países del MERCOSUR, pero permanecen en vigor en los países de origen de muchos inmigrantes que viven en los Estados mercosureños, como en los países árabes, y crean dificultades en casos de DIPr.

Nótese, pues, que el tema de filiación por naturaleza está intrínsecamente ligado a las nociones de orden público (nacional e internacional) de un país. En ningún otro tema de DIPr como en los que tienen que ver con la familia, la cuestión de orden público se hace sentir de manera tan fuerte; en el caso de la filiación lo que está en cuestión es el problema de la protección profunda y rígida de la familia legítima (impidiendo en la práctica, a través de la acumulación de leyes aplicables, que un hijo de los llamados espúreos, adulterinos o incestuosos investigase su paternidad o su maternidad). Los ordenamientos jurídicos de los países del MERCOSUR han evolucionado hacia una visión abierta de la familia, de aceptación de la determinación e investigación de paternidad y maternidad de personas casadas, y hacia una política de protección de los derechos humanos de los hijos en tanto sujetos de derecho vulnerables y en formación. Si bien algunos países aún mantienen las denominaciones discriminatorias, de hijos legítimos e ilegítimos y normas de DIPr diferenciadas, ninguno de ellos desconoce que el tema de filiación está in-

trínsecamente ligado a los derechos humanos de la persona del hijo, derechos humanos a determinar su identidad, su nombre, su origen, su nacionalidad, su identidad cultural, familiar, etc. El orden público hoy protege al hijo, sea tenido o no en el matrimonio.

656. También es cierto que los países de la región están al tanto de las posibilidades de fraude a la ley de DIPr y de las peculiares situaciones que se crean cuando las técnicas de reproducción asistida pasan a ser usadas a escala internacional. Tratándose de reproducción asistida internacional, que generalmente utiliza la figura de la adopción para determinar la filiación a favor de aquellos que pagaron los costos de la reproducción asistida, no es imposible que se intente usar a los países latinoamericanos como exportadores de gametos y proveedores de madres de alquiler para padres "adoptivos" de países industrializados. Nótese que todos los países de la región suscribieron la Convención de La Haya de 1993 sobre cooperación en materia de adopción internacional, que prohíbe la manifestación de voluntad de la madre (y del padre biológico) antes del nacimiento del menor e impide, a través del sistema de autorizaciones compartidas, que el menor ya nazca en el país de los futuros padres adoptivos. También impone esta Convención (así como la Convención de la ONU sobre los derechos del niño) la subsidiariedad de la adopción internacional frente a la adopción nacional, lo que si se aplica bien tendrá que obrar *desestimulando* prácticas fraudulentas de reproducción asistida internacional, consideradas en principio perjudiciales para los derechos fundamentales del menor.

En resumen, tratándose de filiación por naturaleza, en cada uno de los ordenamientos internos de los países del MERCOSUR el DIPr deberá indicar una ley aplicable para responder una serie de cuestiones. En materia de filiación por naturaleza, habida dentro del matrimonio, hay que determinar cuál es la ley aplicable a las presunciones de que el menor es hijo del marido, a la determinación de la maternidad (hoy bastante interesante en caso de madres de alquiler, que no participan con material genético, pero dan a luz al hijo), a la legitimación (en el caso de casamiento futuro de los progenitores en los países que aún reconocen esta figura de la legitimación), a los plazos para que uno de los cónyuges impugne la filiación del hijo del otro cónyuge, y a cualquier otro ti-

po de limitación a este derecho potestativo de impugnación ("desconocimiento") de la filiación. Por regla, cuando hay matrimonio, el establecimiento de la filiación por naturaleza es facilitado. La presunción es que el hijo es del marido y que la madre es aquella que da a luz, restando importancia a las técnicas actuales de reproducción asistida.

En materia de filiación por naturaleza habida fuera del matrimonio de los padres (filiación natural extramatrimonial), hay que determinar cuál es la ley aplicable al establecimiento de esta filiación, sea por declaración voluntaria o investigación a través de proceso judicial. En el caso de declaración voluntaria, esta ley determinará los límites legales a esta declaración *inter vivos* y *mortis causa*, existiendo una serie de cuestiones previas a ser determinadas, como la ley que regirá la forma que debe revestir esta declaración, la ley que regirá la capacidad del padre o de la madre para este acto, la ley que regirá la eventual representación del hijo cuyo nuevo *status* se discute. En las acciones de filiación, puede haber acumulación de leyes, así como subdivisión en cuestiones prejudiciales, aplicándose la ley personal del hijo y las leyes personales de los padres investigados, dependiendo de las normas nacionales de DIPr.

2. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

657. Argentina aprobó la Convención americana de derechos humanos mediante la Ley N° 23.054 (*BO* 27/3/1984) y la misma pasó a formar parte de las declaraciones, convenios y tratados con jerarquía constitucional que prevé la Constitución nacional según la reforma de 1994. Cuando el Pacto de San José de Costa Rica dispone que "(...) la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (art. 17.5), a lo que se refiere es a la ley interna de cada Estado parte del tratado. Se trata de una norma programática y ello surge a su vez del art. 2 que establece que los derechos y las libertades mencionados en el artículo precedente, deben ser incorporados al derecho interno de los países ratificantes, en caso de no encontrarse en ellos ya garantizados en disposiciones legislati-

vas o de otra índole que corresponda adoptar de acuerdo a su derecho constitucional.

Es así que el legislador argentino traduce ese mandato en disposiciones de derecho positivo adecuando su legislación a los principios contenidos en la Convención. De tal modo sustituye las normas sobre filiación que discriminaban sus efectos según la calificación de la misma con las consiguientes desventajas económicas y sociales que ésta provocaba. A través de la nueva regulación se incorpora una norma material que si bien mantiene la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales los equipara jurídicamente en sus efectos (art. 240 Ley N° 23.264, *BO* 23/10/1985).

658. El carácter programático de la norma convencional surge claramente del fallo de la CSJN en un caso de sucesión *ab intestato* promovida por la esposa y la hija menor del causante, en el que se presentó la representante legal de una hija extramatrimonial de aquél solicitando se declarase la "igualdad absoluta" entre ambas hijas, conforme al art. 16 de la Constitución nacional, añadiendo que debía aplicarse retroactivamente la Ley N° 23.264. La base del rechazo del planteo fue que en materia de vocación hereditaria la diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales que contenía el régimen legal anterior, en cuanto limitaba la porción hereditaria de los hijos extramatrimoniales a la mitad de lo que correspondía a los nacidos dentro del matrimonio (CC y Ley N° 14.367) no conculcaban con el art. 16 de la CN, según la interpretación que la Corte efectuó de dicho precepto.

Al apelar el fallo, la parte cuya petición había sido desestimada introdujo un argumento nuevo, basado en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17.5) que había quedado incorporado al derecho argentino por ratificación internacional (5/9/1984) con anterioridad al deceso del causante (25/4/1985). En una decisión discutida y discutible, la CSJN confirmó el pronunciamiento apelado, fundándose, entre otros argumentos, en que la norma convencional no importaba crear un nuevo sistema de transmisión *mortis causa* en la República sino únicamente el compromiso de adicionar normas que se adaptaran a dicho tratado (CSJN, 9/6/1987, *"E., F.E. s/suc"*, *ED*, 125-487).

659. Dentro del âmbito estricto del DIPr, Argentina cuenta solamente con los TMDCI de 1889 y 1940 que, como se ha visto, resultan aplicables únicamente por los países ratificantes y para casos provenientes de esos países. Pese al tiempo que transcurrió entre uno y otro se mantuvieron las mismas soluciones. Así, tanto la filiación legítima como la legitimación por subsiguiente matrimonio se rigen por la ley que regula la celebración del matrimonio, mientras que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se regulan por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo. Los derechos y las obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos (arts. 16, 17, 18 y 20, 21, 22, respectivamente).

No obstante ser su aplicación obligatoria cuando se trata de un caso captado por dichos convenios, la CSJN confirmó la resolución de Alzada por la que se calificó como extramatrimoniales a los cuatro hijos del causante, siendo que la legitimación habría sido válida de haberse aplicado el TMDCI de 1889 que designaba competente al derecho uruguayo. El resultado desfavorable a la petición de los accionantes derivó de sujetar la decisión de la causa a la *lex fori* por encontrarse el domicilio conyugal y último domicilio del causante en el país (24/12/1985, *"L., C. s/suc"*, *ED*, 119-225).

660. Desde la perspectiva del DIPr autónomo persiste la laguna normativa que existía en el Código Civil, pues es de lamentar que al operarse la reforma no se aprovechó la oportunidad para incorporar normas sobre competencia judicial internacional y de derecho aplicable a filiación. Frente a este panorama, nuevamente la búsqueda de la solución deberá orientarse hacia la aplicación analógica (art. 16 CC) de las disposiciones pertinentes de los TMDCI de 1889 y 1940.

Ahora bien, es dable advertir que nos enfrentamos a fórmulas escuetas e insuficientes para abarcar los distintos supuestos que plantea la institución. En efecto, en ellas no se distingue entre la ley aplicable a la determinación de la filiación y ley aplicable a los efectos de la misma. En los supuestos contemplados se emplean normas rígidas que utilizan para los distintos aspectos una única conexión, cuando lo óptimo, en orden a potenciar el *favor filii*, sería recurrir a conexiones alternativas, en-

tre las que se incluya la residencia habitual del hijo indeterminada en el tiempo, habilitando de este modo la aplicación de la ley que resulte más favorable a la pretensión.

A fin de suplir tal deficiencia a la hora de acudir a esta vía analógica, corresponderá al operador jurídico complementar la interpretación de dichas normas con los principios que inspiran la Ley N° 23.264 y aquellos plasmados expresamente en la llamada "cláusula de protecciones especiales o derechos reconocidos particularmente" del inc. 23 del art. 75 de la Constitución nacional. Al establecer que compete al Congreso "(...) legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, y en particular respecto de los niños", el precepto viene a constitucionalizar principios ya consagrados unívocamente en la doctrina y la jurisprudencia. Es preciso también tomar en consideración la reglamentación convencional con jerarquía constitucional que se ocupa de distintos aspectos relacionados con la filiación, entre la que se destaca la Convención de la ONU sobre los derechos del niño cuyos criterios esenciales sintonizan perfectamente con lo señalado. Se procura de este modo que los poderes constituidos intervengan legislando y ejecutando medidas concretas de acción de gobierno que garanticen la igualdad declarada.

661. En cuanto a la competencia judicial internacional, dado que los TMDCI de 1889 y 1940 carecen de normas específicas en materia de filiación, deberá estarse a lo dispuesto por los arts. 56 de ambos cuerpos legales que en su primera parte adjudican competencia a los jueces del país cuyo derecho rige el acto jurídico materia de juicio; es decir, que en virtud del criterio del paralelismo existe una remisión a las normas antes mencionadas. A tenor de lo dispuesto en la segunda parte de dichas normas, serán también competentes los jueces del domicilio del demandado.

En esta figura jurídica no puede operar como foro de competencia judicial internacional la sumisión de las partes contemplada en el último párrafo del art. 56 del Tratado de 1940, pues se trata de una materia indisponible en la que la prórroga de jurisdicción podría resultar perjudicial para el menor que constituye la parte débil de la relación jurídica. A

la luz de los intereses implicados podría llegar a admitirse también como criterio atributivo de competencia el de la residencia habitual del hijo, en la medida en que pueda configurarse como foro de necesidad.

662. En orden a destacar la independencia de los procesos en los que pudieran plantearse acciones sobre filiación, la CSJN afirmó que

> "(...) el procedimiento adecuado para dilucidar las acciones tendentes al emplazamiento, modificación o impugnación de un estado de familia o que procuren una declaración de invalidez de actos jurídicos de una misma especie no es el proceso sucesorio sino un juicio ordinario autónomo".

B) Brasil

663. La regulación jurídica de la filiación es materia que está comprendida dentro del estatuto personal. En la hipótesis de un caso de DIPr, como enseñaba Clóvis Bevilaqua, debe atenderse a la ley personal de los hijos, pues es el estado de éstos el que está en juego y porque es a ellos a quienes el derecho busca proteger. Según dispone el párr. 7 del art. 7 de la LICC, el menor tendrá el domicilio de sus padres, del padre o la madre que detente su guarda o de su representante legal, o en caso de abandono, de su residencia o de su nuevo representante legal.

664. La Constitución brasileña de 1988 (art. 227.6), al consagrar el principio de igualdad de derechos independientemente del origen de los hijos, lo hace de dos formas. En primer lugar lo hace de forma positiva, afirmando la igualdad de derechos independientemente del origen de los hijos (tenidos o no de la relación matrimonial o por adopción) y, en segundo lugar, de forma negativa, prohibiendo la utilización de designaciones discriminatorias. Esa prohibición generó un cambio en la clasificación de la filiación en el derecho brasileño. Anteriormente, la filiación era clasificada conforme la relación establecida entre los progenitores, como legítima, cuando los hijos provenían de padres casados entre sí, e ilegítima, cuando los hijos no tenían esa situación. En el caso de los ilegítimos, si no hubiese impedimento para el casamiento de los padres eran llamados naturales. Habiendo impedimento para el casamiento de

los padres, los hijos eran calificados como espúreos y, dependiendo de la naturaleza de este impedimento, en adulterinos, hijos cuyos padres, o uno de los padres, era casado, e incestuosos, cuando los padres estaban impedidos para casarse en virtud del parentesco. En el caso de los hijos espúreos, la clasificación se relacionaba con la naturaleza del impedimento de los padres en el plano jurídico. Esta idea discriminatoria de filiación no existe más en Brasil con la vigencia de la nueva carta constitucional, y actualmente sólo tiene lugar para fines didácticos o doctrinales. La igualdad entre los hijos, hoy, es una cuestión de orden público internacional que afecta la aplicación de cualquier legislación que los discrimine. La ley aplicable deberá siempre resguardar la igualdad entre los hijos, alcanzada a partir de 1998.

Según señala Luiz Edson Fachin, el Estatuto del niño y del adolescente, Ley 8069/1990, que sustituyó al antiguo Código de Menores, "(...) abrió las puertas para un verdadero horizonte jurídico a favor de la filiación". Observa también, que la Constitución Federal de 1988 mantuvo el matrimonio como fuente de la familia, haciendo desaparecer la discriminación, pero manteniendo la distinción. Esto ocurre sin que se ofenda al principio de igualdad, una vez que distinguir no significa discriminar.

665. Ahora la ley brasileña establece para el caso de adopción la ruptura de los vínculos familiares con los padres y familia biológicos, conforme determina el Estatuto del niño y del adolescente en el inicio del art. 41: "(...) la adopción atribuye la condición de hijo al adoptado, con los mismos derechos y deberes, inclusive sucesorios, desligándolo de cualquier vínculo con padres y parientes, salvo los impedimentos matrimoniales". Ejemplos jurisprudenciales pueden ser dados: en el Recurso especial n. 61.434 SP, del Superior Tribunal de Justicia, la española, que había sido adoptada por adopción simple, no fue discriminada en su condición de hija.

C) Paraguay

666. De las normas de derecho material previstas en el CC paraguayo cabe destacar la referida a la posesión de estado de hijo, la cual se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación

o parentesco, como ser: que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo; que aquélla le haya dispensado el trato de hijo, y éste a su vez lo haya tratado como padre o madre; y que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad (art. 235 CC, concordante con el art. 12 del Código del Menor).

Asimismo, cabe señalar que la Ley N° 204 de 2/7/1993, modificó el Código Civil y estableció la igualdad de los hijos en el derecho hereditario. El artículo 1° de la citada ley, dispuso la modificación de varias normas relativas a sucesiones, entre ellas la del art. 2591, que quedó redactado así: "(...) los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios y gananciales del causante".

667. En cuanto a la ley aplicable a la filiación, no existe norma específica en el sistema paraguayo de DIPr. Existe la misma posibilidad apuntada para Argentina, de aplicar analógicamente los Tratados de Montevideo, también vigentes en Paraguay. Ramón Silva Alonso, sin embargo, afirma que

> "(...) la ley personal del hijo ha sido recomendada por quienes consideran que ella representa la parte más interesada de la relación jurídica. La del padre es auspiciada por quienes sostienen que el padre tiene iguales intereses a los del hijo en la relación. Frente a esta alternativa, otros autores, como Niboyet, por ejemplo, en Francia, piensan que la solución estaría en la aplicación conjunta de las leyes del padre y del hijo. De allí que algunos hayan sugerido la ley territorial como la más procedente. Ésta tendría la ventaja de salvar los inconvenientes de orden público, y de permitir al tribunal que entendiera en la cuestión al aplicar su propia ley".

Respecto de la naturaleza de la filiación –matrimonial o extramatrimonial, legítimo o ilegítimo, categoría esta última prohibida por nuestro ordenamiento jurídico– la doctrina entiende como aplicable la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Si se trata de una acción de reconocimiento de filiación la ley aplicable más conveniente será la del domicilio del menor, aun cuando para algunas circunstancias podrá ser invocada la ley del domicilio del presun-

to padre, porque además éste coincidirá con la ley que establece la jurisdicción competente (art. 17 del COJ), y como lo atinente a la filiación involucra cuestiones de orden público, podría resultar aplicable la ley territorial. La acción de impugnación de paternidad se rige por la ley del domicilio del menor, que también rige la competencia jurisdiccional para su planteamiento (art. 17 del COJ).

El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 1680/2001) contiene disposiciones sobre los menores en general, incluyendo aspectos vinculados al menor infractor.

D) Uruguay

668. El DIPr uruguayo no prevé la filiación como categoría autónoma. La filiación tampoco puede incluirse en la categoría "estado" de las personas, regulada en el art. 2393, porque éste refiere al "estado" como una situación propia de cada persona. Si interpretáramos el alcance extensivo de esta categoría de forma tan amplia que permitiera calificar en ella a la filiación, esto tendría como consecuencia la regulación del estado de hijo por la ley del domicilio del hijo, el de padre por el suyo, etc., lo cual conduciría a resultados inextrincables (Alfonsín). Además, al no especificar un momento para determinar el domicilio, regularía el estado y la filiación por la ley del domicilio actual y variable. En el mismo sentido, refiriéndose al art. 1 del TMDCI de 1940, que es igual al 2393, se pronuncia Goldschmidt, quien sostiene que "(...) no es posible someter la filiación extramatrimonial como problema de 'estado' del hijo y de su progenitor, a la ley domiciliaria del primero o del segundo".

669. Alfonsín sostuvo hace casi cincuenta años que a falta de norma expresa debe integrarse la laguna normativa del DIPr interno recurriendo a la doctrina más recibida, que en aquella época, en materia de filiación, estaba representada por los Tratados de Montevideo. Este razonamiento nos conduce a una solución territorial respecto a la filiación ilegítima y extraterritorial en cuanto a la legítima. Así, el reconocimiento voluntario realizado en Brasil, por ejemplo, no puede ser eficaz *per se* en Uruguay, donde el instrumento público de reconocimiento probará que el hijo fue reconocido en Brasil, pero no que es hijo ilegítimo en Uruguay (Alfonsín). "El hi-

jo que ha logrado establecer su filiación ilegítima en Brasil y que quiere invocar su filiación en Uruguay, tendrá que establecerla nuevamente en Uruguay, conforme a la ley de Uruguay", dice Alfonsín. No obstante, sostiene que el rigor de este precepto suele ser atenuado.

Hoy día la doctrina más recibida en materia de filiación es contraria a la distinción y discriminación entre distintos tipos filiatorios. Al formar parte del Convenio de San José de Costa Rica sobre derechos humanos y de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, Uruguay se ha comprometido a ir adaptando sus legislaciones hacia el reconocimiento de la igualdad de derechos respecto a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Dicho mandato expreso del art. 16 del Convenio de San José ha sido respetado por la jurisprudencia uruguaya, aun en ausencia de normas (Opertti). También en el plano legislativo el Parlamento uruguayo ha ido introduciendo algunas modificaciones tendentes a la adaptación de la normativa, particularmente en materia de sucesión, donde se ha eliminado el distinto tratamiento que existía en nuestro CC para hijos legítimos e ilegítimos (arts. 887 y 893 CC, texto dado por la Ley 15.855 de 25/3/1987).

No obstante, todavía no se ha eliminado de nuestra legislación la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en un plano general, lo cual sigue provocando una problemática de DIPr extremadamente compleja. En la práctica, debe distinguirse la hipótesis de la filiación ilegítima que surge del hecho del nacimiento (la cual se acredita con la correspondiente partida, y eventualmente además con la correspondiente constancia de reconocimiento, si así lo exigiera el derecho aplicable), de la filiación ilegítima que pudiera surgir de una sentencia recaída en un caso contencioso de investigación de paternidad. En el primer ejemplo, una madre natural que tuviera dicha calidad solamente por la partida, siendo su domicilio y el del menor en un país que no exige posterior reconocimiento, no estaría obligada a efectuar reconocimientos o trámites posteriores para mantener los derechos y las obligaciones derivados de la maternidad natural cada vez que cruza una frontera. En cambio, si la filiación derivara de una sentencia y se tratara de hacerla valer en el extranjero, habría que tener en cuenta la categoría reconocimiento y ejecución de sentencia, además de la categoría filiación. También debe tenerse en cuenta a qué efectos se quiere hacer valer la filiación ilegítima: no es lo

mismo invocarla a los efectos de solicitar alimentos o la guarda del menor, que a los efectos sucesorios, donde la territorialidad del régimen de DIPr en la materia es más fuerte. Estos problemas deben resolverse según los criterios relativos a la calificación y a la cuestión previa.

670. Con respecto a la competencia jurisdiccional, si la acción refiriera al establecimiento de la filiación, serían competentes los jueces del Estado a cuya ley corresponde regular la relación (art. 2401); no corresponde la opción por los jueces del domicilio del demandado porque conforme al art. 2401 *in fine* ésta sólo opera tratándose de acciones personales patrimoniales. Si la filiación se plantea como cuestión previa de otra principal (sucesión, alimentos, restitución, etc.) la judicatura ante la cual se plantea como cuestión previa la eficacia de una filiación establecida en el exterior, tiene competencia para resolver el punto (Alfonsín).

III. Establecimiento de la filiación adoptiva

1. Problemas de la adopción internacional

671. Al referirse a este problema expresa Opertti que:

> "(...) circunstancias de hecho tales como las guerras con su secuela de disolución familiar y de niños abandonados, la extrema pobreza y la paternidad irresponsable, etc., van creando las condiciones dentro de un mundo cada vez más cosmopolita para que el fenómeno de la adopción trasvase las fronteras de un solo Estado para convertirse en una típica relación jurídica internacional si entendemos por ésta aquel tipo de vínculo en el cual no todos sus elementos pertenecen a un solo orden jurídico nacional. Si a lo precedente agregamos como un componente fáctico la diversidad socio-económica entre los diferentes países y podría decirse entre regiones, podemos verificar que la corriente de adopciones internacionales se produce desde países pobres hacia países ricos".

Las Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social, en 1979, por Resolución 1979/28 titulada "Adopción y colocación de menores en el extranjero", sentaron ciertos criterios generales que describen con justeza las soluciones ideales del problema: en primer término debe

reforzarse la familia por todos los medios posibles; luego, si ella no existiere, amparar las necesidades fundamentales del niño incluso a través de la adopción local, reservando el último lugar –en defecto de otras soluciones–, a las adopciones en el extranjero. Téngase presente que según estimaciones de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), a fines del siglo XX habría en América alrededor de 50 millones de niños en situación de abandono o pobreza crítica, cifra que el tiempo ha demostrado, lamentablemente, optimista. Ante esta dramática situación no puede desdeñarse remedio alguno, pues para cada niño al que se rescate de la miseria y el hambre habrá un adulto en situación potencial de ganarse su propio sustento e intransferible espacio en la sociedad (Opertti).

Desde el punto de vista jurídico, el problema básico radica en la diversidad legislativa de los Estados tanto en lo relativo a la forma como al fondo de la institución. Esta situación puede generar conflictos de leyes, los cuales podrán ser resueltos por reglas formales, optando por cierto derecho nacional, o por normas materiales uniformes, que caractericen la categoría y la sometan a ciertas reglas únicas, aceptadas por todos los Estados. Desde el Cuarto Congreso Panamericano del Niño (Santiago, 1924), la adopción de menores es proclamada en América como una institución favorable al adoptado y no solamente como un medio de proveer un descendiente a quien no lo ha tenido por vía sanguínea o al que teniéndolo desea igualmente adoptar. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 reconoce que "(...) la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen", poniendo fin así a la discusión de si la adopción internacional es o no un medio apto y legítimo de protección del menor desamparado.

2. Reglamentación convencional "universal": Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (1993)

672. El Convenio de La Haya ha sido ratificado por un número elevado de países, tanto "adoptantes" como "adoptandos", entre ellos varios latinoamericanos. El Convenio tiene por objeto:

"a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional;
b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio" (art. 1).

El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. Limita su ámbito de aplicación a las adopciones "que establecen un vínculo de filiación" (art. 2).

673. Se establecen una serie de condiciones para la adopción, algunas de las cuales deben ser controladas por las autoridades competentes del Estado de origen (art. 4) y otras por las del Estado de recepción (art. 5). La cooperación entre estas autoridades deberá ser promovida por las autoridades centrales de los Estados parte (art. 7). A su vez estas últimas, directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, tienen una serie de cometidos tendentes a alcanzar los objetivos del Convenio (arts. 8 y 9) y relativos al procedimiento para la adopción internacional (arts. 14 a 21). En cuanto al reconocimiento de la adopción certificada como conforme al Convenio, el art. 23 ordena que sea de pleno derecho en los demás Estados parte. El art. 24 deja a salvo la excepción de orden público, aunque ésta sólo podrá operar "teniendo en cuenta el interés superior del niño".

3. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

674. El TMDCI de 1989 no prevé la adopción como categoría autónoma, como sí lo hace el de 1940, que dispone la aplicación acumulati-

va de las leyes del domicilio de adoptante y de adoptado. El art. 23 regula la adopción "(...) en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público".

Con respecto a los efectos de la adopción, se han dado dos interpretaciones a la regulación del Tratado: que reglamenta las condiciones y efectos por la misma ley (Alfonsín, Goldschmidt), y que las regula en forma autónoma (Opertti). Con respecto a los alimentos entre adoptante y adoptado, calificados como un efecto de la adopción, se regulan "(...) por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público" (art. 23). Opertti considera con razón que este criterio tan severo resulta especialmente inconveniente frente a una categoría en que la tendencia es favorecer el derecho alimentario.

En cuanto al control de las adopciones extranjeras, los TMDProcI contemplan los actos de "jurisdicción voluntaria" (Tratado de 1889, art. 8) y "los actos procesales no contenciosos" (Tratado de 1940, art. 10), los cuales deben llenar los mismos requisitos que las sentencias extranjeras.

B) Código Bustamante

675. Opta por la aplicación distributiva de las diferentes leyes aplicables, estableciendo en su art. 73 que "la capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetarán a la ley personal de cada uno de los interesados". Con respecto a los efectos de la adopción, conforme al art. 74 se regulan por la ley del adoptante los efectos relativos a la sucesión de éste, y por la ley del adoptado los efectos relativos al apellido, a los derechos y deberes que conserve con respecto a su familia natural y a su sucesión respecto del adoptante. Omite regular algunos efectos, como los relativos a la patria potestad y a los impedimentos matrimoniales, entre otros. En materia de alimentos, reafirmó su protección por medio de la calificación de orden público, sin precisar la ley a la que estaría sometida la relación (art. 76). En cuanto al control de las adopciones extranjeras, el Código Bustamante, que en su art. 435 prevé los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, li-

mita los requisitos para su eficacia extraterritorial a "las condiciones exigidas por este Código para la eficacia de los documentos otorgados en país extranjero" y procedencia de juez competente. Las disposiciones relativas a la adopción (arts. 73 a 76) "no se aplicarán a los Estados cuyas legislaciones no reconozcan la adopción" (art. 77).

C) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (La Paz, 1984)

676. El propio título de la Convención tiene un significado metodológico: regula la adopción a través de reglas formales o de conflicto, sin perjuicio de incluir algunas definiciones materiales. No se pretendió uniformizar las diversas leyes de los Estados en esta materia sino sólo ponerlas en armonía a través de reglas formales. El objetivo fue resolver la problemática de DIPr que plantean las adopciones internacionales, cuya existencia es un dato de la realidad, y no fijar una verdadera política al respecto, ni a favor ni en contra de la institución. Tal como lo sostiene Opertti, mientras haya adopciones internacionales es mejor contar con normas que le den regularidad jurídica. Y la Convención opta por poner en manos de las autoridades del país de origen del menor la facultad de autorizar la adopción, con lo cual se está ejerciendo un control sobre la salida de menores de los países que en los hechos resultan "proveedores" de niños para las adopciones internacionales.

677. El ámbito espacial original de aplicación de la Convención lo constituyen los países del sistema interamericano (art. 21), sin perjuicio de estar abierta a la adhesión de otros Estados (art. 23). Los Estados que ratifiquen o adhieran a la Convención, en sus relaciones con Estados no partes de ésta, podrían aplicar sus normas en cuanto integran su sistema de DIPr, siempre que el otro Estado acepte el reenvío. También podría hacerlo a título de doctrina más recibida. En cuanto a su ámbito material, se aplica a las adopciones internacionales, concepto este último basado en dos conexiones distintas: el domicilio del adoptante y la residencia habitual del adoptado, neutralizando así la influencia del domicilio legal del menor. Abarca las formas plenas y afines, sin perjuicio de la posibilidad de extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción

internacional de menores (arts. 1 y 2). La Convención incorpora la tendencia moderna a favor de la adopción plena, que es la que mejor se adapta a las necesidades de una adopción internacional, al asegurar la inmutabilidad e irrevocabilidad del vínculo adoptivo y la ruptura del vínculo sanguíneo de origen.

También pueden entrar, "en todo momento", dentro del ámbito de la Convención, por declaración de los Estados parte,

> "(...) las adopciones de menores con residencia habitual en ellos por personas con residencia habitual en el Estado donde tenga su residencia habitual el menor, cuando de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado, después de constituida la adopción" (art. 20).

Se trata de una adopción en apariencia puramente interna, aunque con "vocación internacional". Asimismo, la Convención se aplica a las adopciones "(...) otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo país", en cuanto a asegurar "sus efectos de pleno derecho" (art. 25), incluyéndose en éstos aquellos que son consustanciales a la adopción. Esta norma refiere a las adopciones internas y busca asegurar su eficacia extraterritorial. La regulación de tales efectos corresponde a "la ley del nuevo domicilio del adoptante".

678. Con respecto a la ley aplicable a las condiciones de fondo, ni la solución acumulativa del TMDCI de 1940 –preferida por Goldschmidt– ni la de la aplicación exclusiva de una de las leyes involucradas contempla adecuadamente las necesidades de la regulación de la adopción internacional. La primera, por ser demasiado rígida, la segunda, por desconocer el carácter internacional de la figura. La Convención de La Paz adopta una solución distributiva (arts. 3 y 4), es decir, distribuye la regulación de las condiciones de fondo entre las leyes de la residencia habitual del adoptado y la del domicilio del adoptante. Recoge así la doctrina moderna de que las condiciones son divisibles y por tanto se puede abandonar el sistema de conexión única. La solución distributiva reco-

noce por una parte, el carácter voluntario del vínculo adoptivo, y por otra, al advertirse que los sujetos de la adopción internacional pertenecen a países diferentes, interesados en la regulación de la institución, confía ésta a sus respectivas leyes por medio de un corte o fraccionamiento de los elementos constitutivos de la relación.

"La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo" (art. 3). La "residencia habitual del menor" es una conexión objetiva, aceptada mayoritariamente por la doctrina y el derecho comparado. Aunque no lo dice expresamente, se trata de la ley constitutiva de la adopción. Resuelve de modo claro la regulación de ciertas condiciones comunes de la adopción, que no podrían ser adjudicadas a una u otra ley, como por ejemplo, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la prohibición de adopciones lucrativas, etc. Y la expresión "demás requisitos para ser adoptado" permite superar cualquier duda de interpretación al respecto. El art. 4 confía a la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) todo lo concerniente a éste: capacidad, edad, estado civil, consentimiento del cónyuge y demás requisitos. En su parte final, el art. 4 tiene por finalidad prevenir la aplicación de la excepción de orden público internacional, confirmando además a la ley del adoptante como ley constitutiva, o al menos dominante.

La filosofía general de la Convención es la de considerar que la protección del adoptado se alcanza a través del sometimiento del vínculo adoptivo a la ley de su residencia habitual. Predominó el criterio de constituir primero la adopción y luego autorizar la salida del menor al exterior. Sin embargo, la aplicación de la ley del adoptante a ciertos aspectos de la figura confirma el interés de ambos Estados en participar de su regulación. Se trata de una fórmula conflictualista clásica, neutral, en la que no procede la consulta previa del derecho material aplicable. No contempla la posibilidad de que la ley del adoptante sea más favorable al menor. Hay un conflicto de soberanías entre dos leyes, resuelto a través de una opción de política legislativa. La Convención asegura al Estado de donde proviene el menor, la exclusividad de la regulación de la adopción internacional, con la sola excepción de lo previsto en el art. 4.

679. La ley aplicable a los procedimientos y las formalidades extrínsecas también es la de la residencia habitual del menor. Al coincidir en una misma ley la regulación de forma y fondo, pierde significación el problema de la calificación entre una y otra categoría. En cuanto al procedimiento en sí mismo es materia de la *lex fori*, por lo cual el punto está ligado a la jurisdicción competente, que conforme al art. 15 son las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado. Respecto al tipo de adopción, su naturaleza y alcance, quedan también sometidos a la ley de la residencia habitual del menor. En doctrina la adopción por poder de los adoptantes es motivo de controversia; la Convención de La Paz guarda silencio. Opertti sostiene que al no decir nada la Convención y haberse rechazado la prohibición expresa propuesta por Bolivia, debe aceptarse como un procedimiento para su constitución, sujeto a la ley de la residencia habitual del menor.

680. La Convención reconoce la necesidad de darle a los efectos de la adopción una reglamentación autónoma respecto de las condiciones de la misma. Es decir que condiciones y efectos se regularán cada uno por su ley propia, conforme a la respectiva conexión, descartando la posibilidad de una regulación única en virtud de la relación que existe entre todos ellos. En cuanto a las relaciones entre adoptante y adoptado, en la adopción plena y afines, se someten a la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima. En las demás formas de adopción, rige la ley del domicilio del adoptante en las relaciones entre adoptante y adoptado; las de éste con su familia de origen se someten a la ley de la residencia habitual del menor al momento de la adopción (arts. 9 y 10). Es decir que con respecto a las adopciones plenas hay una asimilación a la familia legítima, mientras que en las simples se recurre a una distribución respecto de la familia de origen y de la nueva.

Entre las principales relaciones personales entre adoptante y adoptado cabe mencionar el nombre del adoptado, que dependerá de la ley aplicable, según sea adopción plena o simple; el ejercicio de la patria potestad y sus atributos, que en la adopción plena se rige de la misma forma que en la familia legítima, pero en la simple puede plantear conflictos, cuando las dos leyes aplicables fueren diversas. Con respecto a los alimentos entre adoptante y adoptado, a pesar de que la doctrina en for-

ma absolutamente mayoritaria entiende que constituyen una categoría autónoma en la que predomina el interés del alimentario, la Convención opta por vincular el derecho alimentario con la relación adoptiva, dándole una misma regulación; sin embargo, la asimilación a la familia legítima tiene el valor de asegurarle al hijo adoptivo el máximo de derecho alimentario en lo que hace al goce mismo de tal derecho, mientras que en lo que atañe a su ejercicio, vale decir la facultad de reclamarlo y hacerlo efectivo, entrarían a jugar todas las demás posibilidades de regulación y competencia propia de esta categoría. El art. 9 determina la ley aplicable a la relación alimentaria así como quiénes son titulares de la acción; no obstante, el derecho alimentario del adoptado, en virtud del principio *favor minoris* que inspira el conjunto de las normas de la Convención, auspiciaría su ejercicio al amparo de una norma material distinta a la ley de la familia legítima, o en su caso de la que regula la relación del adoptado con su familia de origen, en tanto ello signifique garantizar el derecho a percibir efectivamente los alimentos.

Los derechos sucesorios quedan sujetos a la ley de la respectiva sucesión (art. 11.1); empero, en las formas plenas se aseguran al adoptado y al adoptante –e incluso a la familia de éste–, los mismos derechos sucesorios de la filiación legítima (art. 11.2). Esta última es una norma material de derecho uniforme, que trasunta una política legislativa internacional orientada a favorecer al adoptado, proporcionándole certidumbre en el goce de su derecho hereditario. La ratificación de la Convención importaría una eventual modificación de la legislación sucesoria de aquellos Estados que no tuvieren una solución similar. Por su carácter de regla de derecho uniforme de origen internacional, abarcaría tanto las adopciones internacionales como las internas (Opertti).

Los impedimentos para contraer matrimonio subsisten aunque los vínculos del adoptado con su familia de origen se consideren disueltos (art. 9.b). La Convención no especifica cuáles son; Opertti considera que dicho silencio nos permite interpretar que sería la ley del lugar de celebración del matrimonio la encargada de regular los impedimentos para llevarlo a cabo.

681. La Convención declara, a través de una norma material (art. 12), la irrevocabilidad de la adopción plena, lo cual es indispensable pa-

ra asegurar la estabilidad de la familia adoptiva. Sí es posible revocar las adopciones simples, las cuales se regirán por la ley constitutiva de la adopción, es decir, la de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción. En cuanto a la anulación, se relaciona con el acto de constitución de la figura, por lo cual debe haber un paralelismo en cuanto a la ley aplicable a ambas etapas. Así lo establece el art. 14, que atribuye exclusividad a la autoridad judicial para decretarla. La anulación se rige por la ley de su otorgamiento, la cual establecerá las causales correspondientes. El art. 13 prevé la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva, o instituciones afines, acordando al actor la opción de hacerlo al amparo de distintas leyes: la de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción (ley constitutiva) o la del domicilio del adoptante al momento de pedirse la conversión. El menor de más de 14 años de edad debe prestar su consentimiento a la conversión. Esta norma revela que la Convención es favorable a las formas de adopción plena, favoreciendo el acceso a ellas.

682. Las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor son competentes para otorgar la adopción (art. 15); con respecto a su anulación o revocación, también son competentes los jueces del Estado de la residencia habitual del menor al tiempo del otorgamiento de la adopción. En cambio para la conversión de la adopción simple en plena o afines, se abre la posibilidad al actor de optar entre las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante, o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (art. 16). Los jueces del Estado del domicilio del adoptante son competentes –mientras el adoptado no constituya domicilio propio– para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (art. 17).

Las autoridades encargadas de disponer la adopción y su conversión pueden ser judiciales o administrativas. En cambio la anulación y la revocación sólo pueden ser resueltas por jueces. La constitución de la adopción es competencia exclusiva del Estado de la residencia habitual del

adoptado. Se sustrae del campo privado la constitución de la adopción; esta regla material derogaría toda norma nacional de derecho sustantivo de cualquier Estado parte que admitiera la adopción privada, incluyendo la notarial, salvo reserva expresa del respectivo Estado sobre este punto.

683. Los procedimientos para la constitución del vínculo adoptivo –tanto los procedimientos jurisdiccionales o judiciales *stricto sensu*, como los de índole administrativa– se regulan por la ley de la residencia habitual del menor (art. 3). Los procedimientos relativos al consentimiento para adoptar en cambio se rigen por la ley del domicilio del adoptante (art. 4). Dado que las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor tienen competencia exclusiva para otorgar la adopción, desaparece toda posibilidad de aplicación del derecho extranjero al procedimiento constitutivo de la misma. Dado el ámbito de aplicación de la Convención, la ley aplicable a la constitución de la adopción y su eficacia extraterritorial entre los Estados parte, se reduce enormemente el problema de la calificación. Sin embargo, si la ley constitutiva fija el tipo de adopción, el Estado del adoptante no podría darle una calificación diferente salvo que ésta fuera en beneficio del adoptado conforme al art. 19, pero sin alterar los efectos consustanciales a la figura según su ley de origen. Así por ejemplo, si conforme a la *lex causae* la adopción es simple –sin ruptura del vínculo sanguíneo–, podría ser considerada adopción plena en lo que hace por ejemplo a derechos sucesorios del adoptado respecto de la familia del adoptante, pero no viceversa.

684. El art. 6 de la Convención opta por el criterio territorial en cuanto a la publicidad y al registro, sometiéndolos a "la ley del Estado donde deben ser cumplidos". Este tema tiene considerable importancia ya que en general son las leyes de fondo las que disponen muchas veces cómo debe efectuarse la inscripción de la adopción y qué efectos produce ésta sobre la anotación original. La Convención establece que "(...) en el asiento registral se expresará la modalidad y características de la adopción" (art. 6 *in fine*). Si bien el registro, en tanto servicio público, está sometido a la *lex fori*, ello no impide que ciertas leyes ordenen, por ejemplo, la inscripción marginal en el registro de nacimiento del menor, la transcripción en el registro consular –cuando procediere–, la traduc-

ción correspondiente, y hasta la destrucción de la inscripción original de la partida de nacimiento del menor, como sucede con la ley de legitimación adoptiva uruguaya. La Ley uruguaya N° 10.674 del 20/11/1945 establece la caducidad y destrucción de la inscripción original del nacimiento y una nueva inscripción en el Registro de Estado Civil como hijo legítimo de los adoptantes, fuera de término.

En Argentina en cambio la adopción se inscribe simplemente en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin hacer aparecer al hijo adoptivo como legítimo. Ahora bien, supongamos que –como ha ocurrido– las autoridades argentinas solicitan a las uruguayas la inscripción marginal de una sentencia de adopción plena de un menor uruguayo por parte de un matrimonio domiciliado en Buenos Aires. Se plantea un problema de adaptación que, como sostiene Opertti, debe resolverse conforme a la técnica del DIPr. Postula que la referida adopción se debe inscribir al margen de la partida uruguaya, ya que debe ser la ley argentina, por ser constitutiva de la adopción, la encargada de decir qué efecto o al menos qué modalidad asume en materia de registro. La ley del Estado donde se cumple el registro –en la hipótesis, la uruguaya– regula la inscripción de los actos de estado civil, incluidas las adopciones.

El art. 7 ordena a los Estados parte garantizar "el secreto de la adopción cuando correspondiere", sin que ello impida utilizar los antecedentes clínicos del menor y los progenitores, si se los conociere, "sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación". Esta fórmula fue deliberadamente imprecisa para hacer posible que se rija por la ley de cada Estado (Calvento Solari). Por su parte Opertti considera que el tema del secreto debe ser resuelto de conformidad con la ley que gobierna la constitución del vínculo adoptivo.

685. Tanto las adopciones internacionales constituidas conforme la Convención, como las "adopciones otorgadas conforme al derecho interno" que se quieran hacer valer en otro Estado, surtirán efectos de pleno derecho (arts. 5 y 25). La segunda hipótesis refiere a los efectos extraterritoriales de las adopciones internas. Los efectos de pleno derecho referidos son los consustanciales de la adopción. Por tanto, y siendo el objeto del exequátur habilitar la ejecución de alguna de las consecuencias de la adopción, no es necesario recurrir a él para que la adopción,

internacional o interna, surta efectos en los Estados parte de la Convención. Se recoge aquí la tendencia de mayor recibo en doctrina que indica que los actos en materia de estado civil no requieren de exequátur. Ahora bien, la adopción –otorgada por autoridades administrativas o jurisdiccionales– pertenece, en sentido amplio, a la categoría de los actos de jurisdicción y su admisión puede ser sometida a un procedimiento de verificación mediante el cual se pueda, por ejemplo, calificar la adopción como interna o internacional, determinar si la jurisdicción ha sido competente, si el documento reúne los requisitos formales necesarios (legalización y traducción, si correspondiere), etcétera.

El exequátur sólo podría exigirse cuando se trate de hacer valer de modo coercitivo alguno de los efectos de la adopción, tanto relativo a los bienes como a las personas. La inscripción de la adopción extranjera en un registro civil donde figura el acta de nacimiento del menor adoptado, no constituye por sí misma una ejecución de sentencia; bastaría por tanto solicitarla a través de un exhorto, como medio de cooperación, conforme a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (CIDIP I, Panamá, 1975) y su Protocolo Adicional de 1979. También cabría aplicar la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979), en tanto puede extenderse su aplicación a las resoluciones "dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional" (art. 1).

686. El art. 5 prohíbe la invocación de la excepción de institución desconocida; consagra el principio general favorable a la adopción y su eficacia extraterritorial ("surtirán efectos de pleno derecho en los Estados parte", dice el art. 5). Para los Estados parte de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CIDIP II), jugaría también la regla de la analogía del art. 3, así como la de la aplicación armónica del art. 9, teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto (art. 9 *in fine*). El art. 18 introduce la excepción de orden público internacional, con una fórmula muy similar a las contenidas en las demás Convenciones de CIDIP. El conjunto de normas de la Convención, en particular el referido art. 5 y el art. 19, que ordena interpretar armónicamente y en beneficio del adoptado tanto las leyes aplicables como los términos de la propia Convención, parecen indicar que "(...) el funcio-

namiento del orden público no podrá desconocer el espíritu general que da fisonomía a la Convención: asegurar en la mayor medida posible la eficacia extraterritorial de las adopciones" (Opertti). La Convención no consagra, ni expresa ni tácitamente, normas de policía.

Conforme al art. 8 es facultativo de las autoridades que otorgan la adopción exigir que el adoptante "(...) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor". Agrega la referida norma que dichas instituciones "deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional". Se reconoce así el papel que le cabe a este tipo de institución en los procesos de adopción. A pesar del carácter facultativo de su intervención, cabe pensar que las autoridades de los Estados recurrirán a ellas en cuanto se puedan garantizar por su intermedio los requisitos básicos de adoptante y adoptado. El art. 8 somete a las instituciones que se ocupan de la adopción a un doble tipo de control: la autorización expresa de algún Estado u organismo internacional, y el que a propósito de su información efectúe la autoridad competente para otorgar la adopción (Opertti).

4. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

687. Los hitos más relevantes en el camino que la filiación adoptiva recorrió en nuestro país son los siguientes:

Año 1871: el Congreso de la Nación dicta la Ley 340 de sanción del Código Civil argentino, cuyo art. 4050 dispuso enfáticamente: "no hay adopción por las nuevas leyes", y en su nota expresa: "(...) la Ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción de clase alguna". Fundamentos por los que algunos autores (Zeballos y Romero del Prado) consideraron que las adopciones conferidas en el extranjero no tenían valor alguno.

Esta tendencia doctrinaria tuvo repercusión en la actividad de los tribunales nacionales.

Año 1948: el 22 de diciembre la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal resolvió la sucesión de *"Grimaldi, Miguel A."* (*LL*, 54-413). En este caso se juzgó válida la adopción conforme al derecho italiano, pero como en Argentina todavía no se había incorporado la institución, se desconoció la vocación sucesoria de la hija adoptiva respecto al bien inmueble situado en el país. La sentencia de la Cámara se dictó en diciembre, pero en septiembre, o sea tres meses antes, se había sancionado la ley que incorporó la figura de la adopción en el derecho positivo argentino.

Si bien la Ley 13.252 suple el silencio que sobre la institución había mantenido el Código Civil al regular sólo la forma de la adopción simple, no incluyó norma alguna de DIPr. En consecuencia, persistió el interrogante sobre el derecho aplicable a la validez de las adopciones conferidas en el extranjero.

688. ¿Cuándo se considera que Argentina cuenta con normas de DIPr relativas a las adopciones internacionales?

Año 1956: en este año entra en vigor el TMDCI de 1940 que, ante el vacío normativo argentino, cumple dos funciones: por un lado, determina el derecho aplicable a la adopción entre los países por él vinculados, y por el otro, sus disposiciones se aplican analógicamente a los casos que quedan fuera de su ámbito propio, con la finalidad de cubrir la laguna existente en el DIPr argentino.

Tal fue la línea argumental que, en 1973, esgrime el Juzgado Nacional en lo Civil de la Capital Federal para declarar únicas y universales herederas de don *"José Oreiro Miñones"* a su esposa y a su hija adoptiva. Se declaró la validez sustancial de la adopción otorgada en el extranjero, mediante la aplicación acumulativa del derecho español del domicilio de la menor, al tiempo de la adopción, y por el derecho argentino del lugar del domicilio conyugal de los adoptantes. Recordemos que dicho convenio rige la capacidad de las personas, las condiciones, limitaciones y efectos de la adopción por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes (art. 23).

La necesidad de incorporar la legitimación adoptiva al ordenamiento jurídico argentino, actuó como factor desencadenante de la modificación legal.

Año 1971: desde la mira del régimen internacional de la adopción, la *situación cambia parcialmente con la sanción de la Ley* N° 19.134 (*BO* 29/7/1971). En efecto, a través de una regla poco clara e imprecisa, el art. 32 no sólo contempla en su tipo legal únicamente la adopción conferida en el extranjero, sino también ciertos problemas atinentes a la misma –situación jurídica, derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí– sometiéndolos a la ley del domicilio del adoptado. De lo expuesto resulta que la aplicabilidad de la norma quedaba restringida a la valoración de una relación ya constituida en el extranjero que pretende desplegar sus efectos en nuestro país, habida cuenta que la ley guarda silencio sobre el juez competente para otorgar una adopción y respecto al derecho aplicable a la misma. El artículo siguiente contempla el supuesto de cambio de estatuto, con la posibilidad de transformar la adopción simple foránea en el régimen de la adopción plena establecida por la legislación argentina.

Bajo el imperio de la Ley 19.134, cabe citar el caso *"Bayaud, Enrique s/Sucesión"* (*ED*, 94-602) en donde la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declaró –con arreglo al reenvío establecido por el art. 32 y por aplicación del 368 del CC francés– a Susana Lagarde, adoptada en Francia bajo la forma de adopción simple, única heredera de los inmuebles argentinos del hermano de su madre adoptante. De este modo, el 25 de marzo de 1981, el Alto Tribunal reparó la resolución injusta del *a quo*, que pretendió equiparar los efectos de la adopción simple de la ley francesa a la categoría "simple" de la ley argentina, que no creaba vínculo de parentesco, ni por ende sucesorio, entre el adoptado y la familia biológica del adoptante. La aplicación del derecho argentino hubiera conducido a desconocer vocación hereditaria a la adoptada sobre los bienes sitos en el país, mientras que era considerada heredera respecto a los bienes situados en Francia.

689. Es preciso destacar la influencia beneficiosa operada en nuestra legislación a raíz de la incorporación de nuestro país a los tratados sobre derechos humanos.

Año 1985: los principios consagrados por dichos convenios, como por ejemplo el de no discriminación, fueron paulatinamente erosionando la legislación vigente e impulsó la sanción de la Ley N° 23.264

(*BO* 23/10/1985) que modificó sustancialmente el sistema de filiación. Se declara la igualdad a todos los hijos, se es hijo por naturaleza o por adopción, concediéndoles los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código Civil (art. 240).

Año 1994: la Constitución nacional en su art. 75.22, incorpora con raigambre constitucional una serie de tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos –complementarios de los derechos y garantías consagrados por la Carta Magna– entre los que figura la Convención sobre los derechos del niño. El centro de gravedad del tema en análisis lo constituye el art. 20, que describe el estado en que debe encontrarse el menor para ser sujeto de protección y asistencia: condición de privado temporal o permanentemente de su medio natural familiar o cuyo interés superior exija no permanecer en ese medio. Seguidamente, se reconoce el sentido protector de la adopción internacional cuando el niño no pueda ser atendido de manera adecuada en su país de origen, o sea que su práctica queda supeditada al interés superior del menor (art. 21).

La República Argentina aprobó por Ley N° 23.849 (*EDLA*, 1990-203) la Convención, con la reserva de los incisos b, c, d, y e del artículo citado, manifestando: "(...) que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta". Dentro del ámbito de aplicación solamente quedan comprendidas aquellas adopciones que se dicten en otro país, lo que implica el desplazamiento del menor a través de las fronteras, antes o después de constituido el vínculo adoptivo.

El respeto al derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y sus relaciones de familia, con la finalidad de resguardar su interés superior –principios reconocidos de modo expreso por la mencionada Convención (arts. 3, 7, 8 y 20)– constituyeron el eje medular de la decisión del Juez de Familia y del Menor de 1° Circunscripción Judicial de Santa Rosa (La Pampa), para dejar sin efecto la guarda de la niña, con fines de adopción, que había sido otorgada por acta notarial a un matrimonio de nacionalidad argentina con domicilio en Canadá. En marzo de 1996, el fallo fue revocado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, por considerar, entre otros fundamentos: a) que los padres de la menor tenían el de-

recho a elegir las personas a quien entregar su hija con fines de adopción; b) que las condiciones morales, personales y económicas que reunían los aspirantes no quedaban desvirtuadas por su residencia en el extranjero; c) que dicha adopción no revestía la calidad de internacional, afectada por la reserva que la República Argentina había formulado al ratificar la Convención sobre los derechos del niño; y d) que la nacionalidad argentina de los postulantes y el hecho de que la adopción había sido realizada en el país se erigían en datos que permitirían a la niña conocer oportunamente sus orígenes (*ED*, 25/2/1997).

690. A continuación, se trata la última reforma de que fuera objeto la normativa argentina relativa a este instituto, de tal suerte que se pueda determinar si constituye un avance y una modernización de la legislación en la materia y si incorpora los principios internacionales más recientes en el tema que nos ocupa.

Año 1997: a pesar del tiempo transcurrido y la evolución de la legislación comparada, nuestro ordenamiento carece de una respuesta específica para la adopción internacional. En efecto, es dable afirmar que no se han producido modificaciones sustanciales al tenor y filosofía del régimen predecesor, pues la Ley N° 24.779 (*BO* 1/4/1997) mantiene la solución de los arts. 32 y 33 de la ley anterior (Cap. V, arts. 339 y 340).

691. Cuando nos referimos a la antigua ley, dijimos que solamente regula la adopción conferida en el extranjero y que se refiere genéricamente a la situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, rigiéndolos por la ley del domicilio del adoptado. Como no se ha producido cambio alguno, cobra actualidad la necesidad de deducir el juez internacionalmente competente. La solución que brinda la ley es diferente según que la adopción sea conferida en el país o en el extranjero. En el primer caso, la norma es alternativa, pues permite optar entre el juez o tribunal del domicilio del adoptante o el del lugar donde se otorgó la guarda, siendo aplicable el derecho argentino (art. 321.a).

En cambio, para las adopciones otorgadas en el extranjero, la ley carece de una norma específica, por cuanto el art. 339 sólo determina el derecho aplicable. Cabe entonces preguntarnos: ¿Cómo se podría colmar esta laguna legislativa? El primer paso es recurrir, por mayor proxi-

midad analógica, a las reglas del TMDCI de 1940. En consecuencia, conforme al principio del paralelismo –que admite la primera parte del art. 56– serán competentes los jueces o tribunales del domicilio del adoptado.

Es decir, que nos enfrentamos a un sistema que inexplicablemente jerarquiza de manera desigual las conexiones. Para las adopciones conferidas en el país, tienen relevancia el domicilio del adoptante o el lugar donde se otorgó la guarda, resultando aplicable el derecho argentino. Para las adopciones otorgadas en el extranjero, es el domicilio del adoptado el determinante de jurisdicción y del derecho aplicable. Inmediatamente nos surge la duda, ¿podrá el juez argentino conceder la adopción de un menor domiciliado en el extranjero de acuerdo a nuestra legislación y prescindir de consultar la ley del adoptado? Creemos que no. No se podría desconocer la competencia de las autoridades del Estado al que pertenece el menor para autorizar su salida del país y su adopción. Lo recomendable es que el juez al conferir una adopción, consulte la legislación del país de origen del adoptado y verifique si ella va a ser reconocida o no, evitando así el peligro de que sea objeto de una adopción claudicante. Por consiguiente, si relacionamos la norma expresa de reenvío del art. 339 con el art. 321, se puede deducir la norma de jurisdicción internacional: serán competentes los jueces del domicilio nacional o extranjero del adoptante concurrentemente con los jueces del domicilio del adoptado, si lo admiten sus normas de jurisdicción internacional, siempre y cuando la adopción se ajuste al derecho del domicilio del menor.

En sentido contrario se manifiesta un sector de la doctrina (Goldschmidt, Zannoni, Weinberg de Roca), pues consideran que las adopciones conferidas en Argentina se rigen íntegramente por nuestro derecho, siempre que el domicilio del adoptante o el lugar donde se otorgó la guarda se encuentren en el país, independientemente de si las partes tienen en éste su domicilio o únicamente su residencia.

692. Deslindado el juez competente, la siguiente cuestión a resolver es la de la ley aplicable. La imprecisa redacción del art. 339 (antes art. 32) reaviva las interpretaciones discordantes respecto a su alcance: una de ellas, considera que el tipo legal abarca tanto las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas de la adopción como sus efectos; la otra, estima

que la disposición sólo se refiere a los efectos de una adopción ya constituida en el extranjero, dejando indecisa la determinación de la ley que debe regir las condiciones de validez. La disparidad de criterios nace por el empleo del concepto "genérico y amplio de situación jurídica" del adoptante y adoptado. Ahora bien, si entendemos que la expresión indica "(...) un modo permanente de estar alguien con respecto a otro que habilita a aquél o titular para el ejercicio indefinido de poderes y prerrogativas, mientras tal situación subsista", el término comprendería además los requisitos de validez.

No se vislumbra la razón del empleo de puntos de conexión diferentes, según que la adopción sea conferida en el país o en el extranjero. En el primer supuesto, se otorga prioridad a la persona del adoptante; mientras que en el segundo, se ha preferido complacer la legislación del menor. El art. 339 repudia la *gran coupore* o fraccionamiento objetivo, al someter a la misma ley no sólo la validez o nulidad de la relación –capacidad, forma, requisitos intrínsecos–, sino también sus efectos –derechos y obligaciones–. La disposición continúa utilizando la conexión "domicilio del adoptado", no obstante las nuevas tendencias que ponen énfasis en el menor, eligiendo el criterio de su "residencia habitual", opción que, cabe señalar, no nos resulta ajena ya que integra el DIPr argentino de fuente convencional.

Elige la ley de dicho domicilio para regular la adopción concedida en otro país, sin prestar atención a que corresponde a su respectivo sistema de DIPr proceder a tal designación. Lo apropiado hubiera sido establecer las condiciones o requisitos a los que deberá sujetarse la adopción constituida en otro Estado, para poder tener eficacia en nuestro país. La nueva regulación se aleja del objetivo de claridad y simplificación en la determinación de la ley aplicable.

693. Al igual que su antecesora, esta ley incorpora un mecanismo para favorecer al adoptando, ya que admite la posibilidad de convertir una adopción simple extranjera en el régimen de adopción plena, bajo las siguientes condiciones: que se reúnan los requisitos establecidos en el Código, que se acredite dicho vínculo y que presten su consentimiento el adoptante y el adoptado, siendo necesaria la intervención del Ministerio Público de Menores si el adoptando fuese menor de edad (art. 340). En

el supuesto de cambio de estatuto, vemos que la norma sí autoriza el fraccionamiento objetivo, puesto que la validez de la adopción continúa rigiéndose por el derecho extranjero, mientras que, acordada la conversión, los efectos se regulan por la ley argentina. Si bien la norma no establece el requisito del domicilio de una o ambas partes en el país, corresponderá entender sobre la petición el juez del domicilio del adoptante (conf. art. 321, inc. a).

694. En el marco jurídico argentino la adopción sólo puede ser otorgada *por sentencia judicial y se requiere* la intervención del Ministerio Público de Menores, exigencias que reflejan la dimensión pública de la institución (art. 321).

El rechazo a la figura de la adopción internacional del sistema legal, surge claramente al exigir a los adoptantes una residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda (art. 315).

695. Los últimos comentarios se relacionan con los presupuestos que deberá cumplir una adopción constituida en el extranjero, para que se le reconozca eficacia en el país:

a) que la autoridad extranjera posea, según el derecho argentino, competencia judicial internacional;

b) que esa autoridad haya aplicado la ley del domicilio del adoptando, solución que, como ya quedara expresado, es criticable, por tratarse de una cuestión propia de su sistema de DIPr. Ahora bien, resulta imprescindible que la apreciación de validez que efectúe el juez nacional, sea iluminada por el *favor adoptionis*, en orden a respetar el principio rector de proteger el interés del menor.

c) que la adopción conferida en el extranjero no sea manifiestamente contraria a los principios de orden público argentino. Así por ejemplo, sería factible invocar como causales las que el art. 337 incorpora a modo de detonantes para declarar su nulidad absoluta.

696. A nuestro juicio, la solución no debe atenerse rígidamente a la aplicación de la *lex fori* o *lex causae*, sino que lo óptimo sería procurar la coordinación de los diferentes derechos en juego y la armonización de

su aplicación, evitando que el orden público internacional se convierta en un obstáculo insalvable.

Es preciso advertir que el devenir de la historia revela una actitud reticente del legislador argentino, primero, hacia la filiación adoptiva, y después de un largo siglo, respecto a la figura de la adopción internacional, a pesar de haber pasado a integrar el acervo jurídico de una gran parte del mundo.

B) Brasil

697. En cuanto a la adopción internacional, en menester considerar que por norma constitucional toda adopción por extranjero es considerada adopción internacional y tiene carácter excepcional debiendo ser acompañada por el Estado (art. 227 párr. 5 CF/88 dispone que la adopción será asistida por el poder público y que la ley establecerá los casos y las condiciones de su efectivización por parte de extranjeros). El Estatuto del niño y del adolescente (ECA, Ley N° 8069/1990) regula la adopción internacional (art. 51) e instituye el principio de subsidiariedad de la adopción internacional (art. 31: "(...) la colocación en familia sustituta extranjera constituye medida excepcional, solamente admisible en la modalidad de adopción").

El ordenamiento jurídico brasileño sólo reconoce la adopción plena por decreto para menores y adolescentes (arts. 39, 41 y 47 ECA). La adopción depende del consentimiento de los padres (art. 45 ECA) o de la destitución de la patria potestad (arts. 394 y 395 CC). Pueden adoptar mayores de 21 años, es necesario una diferencia mínima de 16 años entre adoptantes y adoptados (art. 42 ECA), los solteros o casados, los casados pueden adoptar conjuntamente, así como aquellos que viven en unión estable (art. 42, y art. 227, párr. 4 CF/88). Hay práctica de convivencia especial de 15 a 30 días para adoptantes extranjeros no residentes en Brasil (art. 46 ECA). La adopción solamente será concedida "cuando presentara reales ventajas para el adoptado y se fundare en motivos legítimos"(art. 43).

698. En caso de que la adopción sea requerida por candidato no residente en Brasil, el ECA prevé algunas normas específicas, dispuestas en los arts. 31, 51 y 52:

a) Comprobación de la capacidad de adoptar, disponiendo el art. 51 que el candidato compruebe mediante documento expedido por autoridad competente del respectivo domicilio, estar debidamente habilitado para la adopción, acorde las leyes de su país. Esta exigencia es complementada por la norma del párr. 2 del art. 51, la cual dispone que la autoridad judicial podrá determinar, a ejemplo del art. 14 de la LICC y del art. 337 del CPC, la presentación del texto pertinente a la legislación extranjera invocada, acompañada de la prueba de la respectiva vigencia.

b) Comprobación de la habilitación para adoptar y estudio psicosocial –el mismo párr. 1 del art. 51, *in fine*, del Estatuto prevé que el candidato extranjero presente un "estudio psicosocial, elaborado por agencia especializada y acreditada en el país de origen"–. La primera consecuencia práctica de esta norma es que los candidatos no deberán dirigirse a los jueces brasileños directamente, sin antes someterse a una selección en su país de origen; el mismo espíritu anima a la Convención de La Haya de 1993, contando para esto no solamente con apoyo de los órganos públicos de selección, sino también con el apoyo de las llamadas agencias de adopción.

c) Comprobación de la habilitación para adoptar en el Estado. La aceptación del candidato extranjero como debidamente habilitado para adoptar en Brasil podrá quedar también sujeta a algún otro órgano estatal y la "comisión estatal judicial de adopción", prevista en el art. 52 ECA.

d) Documentación traducida. En el pedido de adopción formulado por extranjero residente o domiciliado fuera de Brasil, debe constar su calificación y la del menor, si hubiere. Todos los documentos en lengua extranjera adjuntados a los autos deberán, como es costumbre, ser debidamente autenticados por la autoridad consular brasileña y acompañados de la respectiva traducción, por traductor público debidamente acreditado (art. 51, párr. 3 ECA).

e) Presentación del adoptante en Brasil. Según el art. 39 del Estatuto, las adopciones por procuración están prohibidas, luego, el candidato extranjero residente fuera del país deberá presentarse personalmente al juez, o lo que sería más lógico, firmar el pedido de adopción cuando viniere a conocer y adoptar al menor, establecido por el juzgado para su adopción, demostrando así su inequívoca voluntad de adoptar aquel menor.

699. En cuanto a la ley aplicable, fuera de la de las normas de aplicación inmediata del ECA, la única norma brasileña de DIPr sobre el tema viene a ser el inicio del art. 7 de la LICC, según el cual las cuestiones de derecho de familia, incluyendo a la adopción, serán regidas por la ley del país en que fuere domiciliada la persona, en el caso, la ley del domicilio del menor (art. 7.7 LICC), es decir, el adoptando cuyo *status* se está por definir o determinar. Como enseñaba Clóvis Bevilaqua, es la ley personal de los hijos la que se debe atender, pues es el estado de éstos el que está en juego y porque es a ellos a quienes el derecho viene a proteger. Este es el estatuto general de la adopción. Tratándose, pues, de menores domiciliados originariamente en Brasil, la ley brasileña (Ley Nº 8069/1990) regirá la adopción internacional realizada en Brasil, sus requisitos, efectos y condiciones impuestas para la adopción por extranjeros no residentes. Vale recordar que la ley aplicable para regir el consentimiento de los padres naturales y del adoptado, será por tanto, esta ley general, la ley del domicilio del menor, en el caso, la ley brasileña.

700. Respecto al procedimiento de la adopción, la ley general de adopción, esto es, aquélla del domicilio del menor, regirá como ésta debe realizarse. Algunas de estas normas pueden tener carácter procesal y en este caso, es necesario recordar que las normas procesales tienen aplicación territorial, imperativa para brasileños y extranjeros, pues son reglas de derecho público. En cuanto a la forma de la adopción dependerá del lugar donde ella está siendo realizada, en virtud de la regla *locus regit actum*. Recuérdese que el Estatuto prevé sólo un tipo de adopción, la adopción por sentencia judicial, aboliendo las adopciones por escritura pública y con carácter contractual, permitidas por el CC, solamente para adopción de mayores. En cuanto a la capacidad de adoptar de los adoptantes extranjeros no residentes en Brasil, según el inicio del art. 7 de la LICC, es aplicable la ley del país en que fuere domiciliada la persona, que determina las reglas sobre su capacidad para los actos de la vida civil. Se aplica, por lo tanto, la ley del país de domicilio de los adoptantes extranjeros. Para facilitar la verificación del juez, recuérdese la exigencia de comprobación de la habilidad del adoptante prevista en el art. 51.1 ECA.

701. En cuanto a la capacidad del adoptado, es aplicable la ley personal del menor, según el art. 7 de la LICC, la ley del país de su domicilio. Según dispone el art. 7.7 de la LICC, el menor tendrá el domicilio de sus padres o de su representante legal, o en caso de abandono, de su residencia o de su nuevo representante legal. El principal efecto de la adopción es insertar al menor en una nueva familia y romper los vínculos con su familia biológica. La nueva adopción brasileña es una adopción de efectos plenos e irrevocables, el menor pasa a tener los mismos derechos, inclusive sucesorios, de los otros hijos de los adoptantes (art. 41).

702. Debe destacarse también que después de varios problemas e inseguridades creados por las salida sólo con guarda de menores brasileños al exterior, hoy tal práctica está prohibida. El art. 51.4 ECA dispone expresamente que "(...) antes de consumada la adopción no será permitida la salida del adoptado del territorio nacional".

Brasil ratificó y promulgó la Convención de La Haya, indicando al Ministerio de Justicia como autoridad central nacional y a las comisiones ya existentes (art. 52 ECA) como autoridades estatales. No hay incompatibilidad entre la Convención de La Haya de 1993 y la ley brasileña. El art. 28 de la Convención de La Haya de 1993 es claro afirmando que el espíritu y el objetivo de la nueva Convención no es revocar o derogar ninguna ley de un Estado de origen que requiera que la adopción de un menor residente habitualmente en el Estado tenga lugar en ese Estado, o que prohíba la colocación de un menor en el Estado de acogida o su traslado al Estado de acogida antes de la adopción. La legislación brasileña, que exige la salida del menor solamente después de su adopción, es respetada, no constituyendo la nueva Convención una amenaza de esa norma.

C) Paraguay

703. En el Paraguay, la Ley N° 1136/1997, de Adopciones, señala que:

> "(...) podrán adoptar las personas residentes en el extranjero, siempre que reúnan los requisitos exigidos por esta ley. La adopción internacional se otorgará excepcionalmente y en forma subsidiaria a la adopción

nacional. Se priorizará la adopción por nacionales o extranjeros con radicación definitiva en el país respecto de extranjeros y nacionales residentes en el exterior".

Debe tenerse en cuenta, además, que Paraguay se ha incorporado a la Convención de La Haya de adopción de 1993, así como a la Convención interamericana de adopción de 1984. Ambos textos, habida cuenta del sistema constitucional paraguayo, se aplican preferentemente a las normas internas del país.

D) Uruguay

704. El DIPr uruguayo de fuente interna no contiene normas relativas a la filiación adoptiva. La legitimación adoptiva prevista en el derecho interno uruguayo por Ley N° 10.674, de 20/11/1945 y sus modificativas (Ley N° 12.486 de 27/12/1957; Ley N° 16.108 de 4/4/1990; Ley N° 14.759 de 27/2/1978; Ley N° 13.209 de 17/12/1963) aparece, desde el punto de vista documentario, como una filiación legítima, por lo que, en opinión de Alfonsín, deberá ser regulada como tal. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia en un caso en que se pretendía la legitimación adoptiva de una menor domiciliada en Colonia, Uruguay, por parte de adoptantes domiciliados en Buenos Aires. El Tribunal de Apelaciones de lo Civil de 1er. Turno (Parga, Maraboto y Pereira Núñez), en sentencia N° 165 del 18/9/1985, sostuvo que resultaban aplicables los arts. 23 y 24 del TMDCI de 1940, que por analogía debían extenderse a la legitimación adoptiva, consagrada legalmente con posterioridad a dicho tratado.

Asimismo, el Tribunal de Familia de 2° Turno (Barnech, Lombardi, Fernández Sosa), en sentencia N° 52 del 15/5/1992, entendió –en un caso en que se había demandado el cumplimiento de una sentencia que había decretado una adopción plena según el régimen legal argentino– que la adopción plena, en tanto acarrea la ruptura del vínculo de filiación anterior, se asimila a la legitimación adoptiva uruguaya, invocando lo dispuesto en el art. 3 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr. Asimismo destacó el tribunal que debía atenderse el interés del menor como criterio de interpretación, disponiendo la anulación de la partida original de nacimiento y ordenando las anotaciones pertinentes.

No obstante, en el caso caratulado *"J.J. s/Adopción"* tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3, del Departamento Judicial de General San Martín, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, la jueza argentina confirió la adopción plena solicitada y ordenó el cambio de apellido del adoptado. Asimismo, ordenó la inscripción de dicha sentencia y vínculo familiar adquirido, librando exhorto a tal fin a las autoridades uruguayas. El Registro del Estado Civil planteó ciertas dificultades para dar cumplimiento a lo ordenado, derivadas de que si bien la adopción plena del derecho argentino tiene similitudes con la legitimación adoptiva uruguaya, también tiene diferencias: en esta última es imprescindible que se trate de dos cónyuges, mientras que en el derecho argentino puede adoptar una persona soltera, como en este caso. También se señalaron las diferencias en cuanto a la forma de inscripción. El Director de la autoridad central uruguaya, Dr. Tellechea, sostuvo en el caso que la adopción decretada por la justicia argentina debe ser reconocida en Uruguay con las características propias de la adopción plena prevista por el derecho argentino, inscribiéndose en tal carácter en el Registro del Estado Civil Uruguayo, y no en calidad de legitimación adoptiva.

705. Existe actualmente a consideración del Parlamento un Proyecto de Código para la niñez y la adolescencia que refiere, en sus arts. 134 a 141, a las adopciones internacionales. De aprobarse este Proyecto, los artículos respectivos regularán las adopciones internacionales en aquellos casos en que no exista tratado o convención ratificado por la República (art. 134.1). El Proyecto de ley define la adopción internacional como aquella "(...) que se lleva a cabo por matrimonios con domicilio o residencia habitual en el extranjero, con relación a niños o adolescentes con domicilio o residencia habitual en la República" (art. 134.2). El art. 135, siguiendo los lineamientos dados por la Resolución 1979/28 del Consejo Económico y Social, titulada "Adopción y colocación de menores en el extranjero", referida *ut supra*, establece que "(...) el Instituto Nacional del Menor y las demás autoridades con competencia en materia de adopción, deberán dar preferencia a la ubicación de los niños o adolescentes adoptables en hogares de cuidado o familias que los requieran y vivan dentro del territorio nacional".

El Instituto Nacional del Menor, a través de sus servicios especializados, tiene intervención preceptiva en la constitución de la adopción internacional (art. 136). Es además "(...) el organismo encargado de proponer, ejecutar y fiscalizar la política a seguir en materia de adopciones", pudiendo autorizar el funcionamiento de instituciones privadas con personería jurídica y especialización en la materia (art. 142). El Proyecto prevé sólo la forma de adopción plena. Los adoptantes deberán necesariamente ser cónyuges con no menos de cuatro años de matrimonio y deberán convivir con el adoptado en el territorio nacional, aun en forma alternada, por un plazo de dos años ininterrumpidos (art. 137). Con la solicitud de adopción se deberá presentar la documentación justificativa de las condiciones físicas, morales, económicas y familiares de los solicitantes, la cual deberá tramitarse por medio de las autoridades centrales del país de los adoptantes y del adoptado (art. 138).

El art. 139.1 establece que son competentes para otorgar la adopción internacional los jueces de familia; se desprende claramente del contexto que se refiere a los jueces uruguayos, es decir, los del domicilio o residencia habitual del adoptado (art. 134.2), aunque la norma no lo indica a texto expreso. Agrega que el procedimiento será el establecido para el juicio extraordinario en el art. 346 del CGP. Los mismos jueces son competentes en los juicios de anulación, "los que serán resueltos teniendo en cuenta el interés superior del menor" y se tramitarán conforme a las normas referidas del CGP (art. 140). La salida del adoptado del país sólo será autorizada judicialmente, luego de quedar ejecutoriada la sentencia que decreta su adopción y con la condición de que se realice en compañía de uno o ambos padres adoptantes (art. 139.2). Los adoptados mantienen su nacionalidad uruguaya, sin perjuicio de adquirir, además, la de los adoptantes (art. 141).

Bibliografía complementaria

BIDART CAMPOS, G., "La igualdad de filiaciones y el derecho sucesorio frente al Pacto de San José de Costa Rica y a la Ley 23.264", *ED*, 125-489; BOQUE MIRO, R., "El derecho a la identidad y la adopción internacional", *Semanario Jurídico Córdoba*, vol. 73, 1995-B-645; CHAVES, A., *Adoção internacional e tráfi-*

co de crianças, San Pablo, 1994; FERRER, H., "Posibilidad de optar por la ciudadanía argentina de los hijos adoptados en el extranjero (Leyes 346, 13.252 y 19.134)", *LL*, 1978-C-427; FONTEMACHI, M., "La adopción internacional. Las convenciones. Los derechos personalísimos del niño", *LL*, 21/8/97; GAETE DARBO, A., "La adopción y el Registro del Estado Civil", Boletín IIN, vol. 220, 1983; GAETE DARBO, A., "Protección de menores en el derecho internacional privado", *ED*, 104-841; GOLDSCHMIDT, W., "La herencia de hijos extramatrimoniales después de la Ley 23.264", *ED*, 119-222; LIBERATI, W.D., *Adoção internacional*, San Pablo, Malheiros, 1995; MARQUES, C.L., "Novas regras sobre a adoção internacional no direito brasileiro", *Rev. dos Trib.*, núm. 692, 1993, pp. 7-20; MARQUES, C.L., "Notícia sobre a nova Convenção de Haia sobre adoção internacional: perspectivas de cooperação internacional e proteção das crianças", *Revista Igualdade- Ministério Público do Paraná*, año IV, núm. XI, abr./jun. 1996, pp. 1-15; MARQUES C.L., "Assisted Reproduction Technology in South America, and the Effect on Adoption", *Texas International Law Journal*, vol. 35-1, 2000, pp. 65-91; MARQUES, C.L., *Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse der Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 im Himblick auf das deutsche und das brasilianische Recht*, Frankfurt, Standesamtwesen, 1997; MARQUES, C.L. / CACHAPUZ, M.C. / VITÓRIA, A.P. da S., "Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual - Direito pós-moderno?", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, núm. 16, 1999, pp. 21-40; NAJURIETA, M.S., "La adopción en derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina*, vol. XIV, 1984, pp. 75-114; NAJURIETA, M.S., "La adopción internacional", *ED*, 25/2/1997 (I parte) y 6/3/1997 (II parte); OPERTTI BADÁN, D., "L'adoption internationale", *Recueil des Cours*, vol. 180, 1983-II; OPERTTI BADÁN, D., *Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*, Montevideo, IIN, 1986; OPERTTI BADÁN, D., "La adopción internacional", *RUDF*, N° 6, 1991, pp. 67-73; OPERTTI BADÁN, D., *Reunión de Expertos sobre adopción de menores - 7 al 11 de marzo de 1983, Quito, Ecuador, Informe Final*, Montevideo, IIN, 1983; PERROT, C.A., "La adopción internacional y el tráfico de menores (Bases para una legislación)", *LL*, 1993-E-1183; TELLECHEA BERGMAN, E., *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y protección internacional de menores*, Montevideo, FCU, 1991; TERRA CORBO, D., "Inscripción en nuestro Registro del Estado Civil de una adopción plena procedente de la República Argentina", *RAEU*, vol. 75, n° 1-6, 1989, pp. 181-186; URIONDO de MARTINOLI, A., "La adopción internacional de menores", en DREYZIN DE KLOR, A. (coord.) *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996, pp. 91-113; VAN LOON, J.H.A.,

"Os aspectos legais da adoção internacional e a proteção da criança - Relatório da Associação de Direito Internacional", *Homenagem à Carlos Henrique de Carvalho*, San Pablo, RT, 1995, pp. 241 ss.; WEINBERG de ROCA, I. "La adopción internacional según la Ley 19.134", *ED*, 38- 1070; WILDE, Z. D., *La adopción nacional e internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

Capítulo 18

Matrimonio y uniones no matrimoniales

Beatriz Pallarés

I. Tendencias en la reglamentación del DIPr de la familia

1. Aspectos generales

706. La exposición tradicional del matrimonio y de la familia en el DIPr trasuntaba la concepción de la familia fundada sobre el matrimonio y la de éste como el de una institución de estructura única, que producía siempre similares efectos. En parte, ello se debe a la influencia que ha tenido en la ordenación legal de la familia –en el derecho occidental– la concepción del "matrimonio cristiano" basado en la unión voluntaria y en principio indisoluble entre un hombre y una mujer. Sin embargo la historia del derecho demuestra la variabilidad de los sistemas en las distintas épocas de la vida de cada pueblo, lo que lleva a concluir que en la realidad jurídica pueden admitirse distintos modelos de matrimonio. Desde el jerarquizado y propio de la familia tradicional, caracterizado por la autoridad marital y la dependencia de la mujer, hasta el que se basa en la plena libertad e igualdad de los cónyuges (González Campos). El derecho comparado, por su parte, pone en presencia modelos matrimoniales que no reflejan la noción del "matrimonio cristiano" del derecho occidental (derecho islámico, de Extremo Oriente, de África Negra y Madagascar).

707. El DIPr matrimonial aparece por lo general fuertemente impactado por las concepciones del derecho material del foro, que en estas materias difieren más que en cualquier otra esfera jurídica. Las normas re-

lativas a la organización y protección de la familia, la celebración del matrimonio, las condiciones de su validez, nulidad y la disolución del matrimonio están tan estrechamente relacionadas con la moralidad, la religión y los principios fundamentales de vida que prevalecen en un país dado, que su aplicación se considera a menudo de orden público.

Las contradicciones normativas comunes en el DIPr suelen señalarse con mayor intensidad en esta materia, dado que muchas veces no se trata sólo de contradicciones normativas, sino de "conflictos de civilizaciones" en torno a la noción de la familia y del matrimonio. De esta manera sucederá que el mismo matrimonio sea considerado válido en un país y nulo o anulable en otro, o que el divorcio decretado en un país no sea reconocido en otro. Por tanto, también van a variar los efectos extraterritoriales de uno y otro.

La figura del orden público ha sido utilizada tradicionalmente para impedir las contradicciones intolerables entre el derecho extranjero conectado por la norma de conflicto (o el derecho extranjero aplicado para adoptar una decisión cuyos efectos se pretendan hacer valer en el foro) y los principios fundamentales del ordenamiento del foro. Para restringir el juego excesivo del orden público, se recurre a la distinción entre la validez de aquellas situaciones que son contrarias a los valores fundamentales del foro y, por tanto, no pueden ser reconocidas (por ejemplo la validez de un matrimonio poligámico o de la disolución unilateral por *talag*) y por otro, los efectos jurídicos de tales situaciones. Los efectos pueden ser admitidos adaptándolos (así, distribuyendo la pensión por viudedad del marido entre las diferentes esposas, en el caso del matrimonio poligámico o permitiendo la legitimación de todas las esposas, en el caso de una reclamación por accidente) o sin necesidad de ajuste (así, respecto a la compensación económica para la mujer pactada por los cónyuges al contraer matrimonio, aunque haya de ser satisfecha por el varón si éste disuelve unilateralmente la unión por *talag)* (González Campos).

708. En el desarrollo actual del orden público en materia de familia y matrimonio, será necesario recordar por una parte: la naturaleza variable de la noción de orden público, su carácter de excepción, la necesidad de que la incompatibilidad entre la solución extranjera y el principio local sea "manifiesta". Por otra parte, será necesario también realizar una

reconstrucción de los principios imperantes en materia del derecho de familia a partir de la inscripción de esta problemática en los tratados internacionales de derechos humanos de carácter universal.

En la reconstrucción de los principios integradores del orden público matrimonial no se podrá dejar de considerar la labor realizada por la ONU y la OEA en la positivización de principios de protección de derechos mínimos. Así, cabe considerar el Pacto internacional de derechos civiles y políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, cuyo art. 23 consagra a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad suficiente para ello y dispone que el matrimonio no podrá celebrarse sin el pleno y libre consentimiento de los contrayentes. A su vez, los Estados parte en este pacto se han comprometido a tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

709. La Convención americana de derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita por los Estados americanos el 22 de noviembre de 1969, reitera en el art. 17 las mismas normas de protección a la familia. Sólo agrega –al reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia– el cumplimiento de "(...) las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención".

En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, a asegurar en condiciones de igualdad a hombres y a mujeres el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento, etcétera.

La regulación internacional ha avanzado en la concreción de la intención de obtener unas reglas mínimas uniformes con la finalidad de eliminar prácticas contrarias a la dignidad de la persona humana, y en concreto de la mujer, existentes en ciertos países en desarrollo, que ya inspirara la Convención de las Naciones Unidas de 1962 sobre consentimiento, edad mínima y registro de los matrimonios.

710. Al hilo de la regulación internacional que pergeña estos pactos se podría hablar de la existencia de un "principio de alcance general" que se concreta en el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad en cuanto fundamento de la organización social. Al lado de ese principio general aparecen los demás elementos fundamentales para la configuración de cada sistema de derecho de familia. En tal sentido puede hablarse de: a) reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entendido en un sentido muy amplio, incluyendo el derecho a disolverlo (para, eventualmente, celebrar otro); b) plena admisión de la igualdad jurídica de los contrayentes y de los cónyuges y de la igualdad jurídica entre los hijos, cualquiera que sea su filiación; c) importancia primordial de la voluntad de las partes como criterio regulador de las relaciones en el ámbito de la familia, que surge por el reconocimiento de la libertad del individuo y el alcance otorgado al derecho al libre desarrollo de la personalidad; d) separación conceptual entre matrimonio y familia, en el sentido de que el núcleo de la familia es el hijo y no el matrimonio, el cual en caso de existir, sólo afecta directamente a los cónyuges; e) pérdida del carácter único del modelo tradicional de familia; f) mantenimiento del carácter fundamental de la familia (Espinar Vicente, Fernández Arroyo).

711. En la configuración de los principios generales del régimen de familia que surge de los tratados internacionales suscriptos destacan muy claramente los principios de libertad, de igualdad y de no discriminación. También queda claro que el concepto de familia que se protege no comprende exclusivamente a la familia basada en el matrimonio, por relevante que sea ese modelo en nuestra cultura. Los compromisos asumidos por los Estados parte son de protección de la familia, sin distinguir si se trata de familias fundadas en uniones matrimoniales, no matrimoniales e inclusive monoparentales.

Conforme los tratados internacionales mencionados, deben equipararse los distintos tipos de familia, que son igualmente acreedores de la protección estatal. Corresponderá sin embargo reconocer que el matrimonio y la convivencia no matrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes y que no pueden entrañar idénticas consecuencias jurídicas. La constitución del matrimonio conlleva la atribución de un particular estado civil para sus componentes y el establecimiento de un concreto régimen legal de la convivencia, constitutivo de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas. Si en cambio nos planteamos la cuestión de los efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales, nos enfrentaremos en primer término con la dificultad de caracterizar el tipo de unión de que se trate, ya que los distintos sistemas jurídicos acogen realidades sociales diferentes y las regulan de forma muy distinta.

712. Entre las múltiples clases de unión entre hombre y mujer que a lo largo de la historia se desarrollan en cada comunidad jurídica, siempre hay un tipo de unión que tiene más sólidos efectos legales –dentro de esa comunidad– que cualquier otra. Esto nos daría una noción siquiera preliminar y formal del matrimonio regular (Wolff). Construir una definición de matrimonio, a partir de esta noción, agregando la enumeración de los efectos que produce y de las formas que requiere para su existencia, resulta muy difícil porque los requisitos que cada sistema jurídico exige para que exista matrimonio válido varían substancialmente. Incluso dentro de cada comunidad debe reconocerse la variación en las distintas etapas de su historia.

Sin embargo, el diseño típico del matrimonio en el derecho occidental se puede fundamentar en el tríptico que constituyen el principio de la monogamia, la heterosexualidad y la exogamia, reunidos en torno al vértice piramidal del consentimiento. Esta concepción aparece sólidamente arraigada aunque el contenido conceptual de estos elementos haya variado en función de las concepciones sociales y jurídicas de cada período histórico (Espinar Vicente).

713. Las uniones libres no matrimoniales se presentan como un fenómeno multiforme que pueden manifestar por parte de los interesados, indiferencia frente al vínculo matrimonial o su rechazo. Las situaciones

son variadas: cohabitación juvenil (que se transforma en matrimonio, se prolonga en el tiempo o no), parejas falsamente divorciadas por razones fiscales, viudos o viudas que no vuelven a casarse para evitar perder un beneficio previsional, concubinatos adulterinos, concubinatos homosexuales, etc. La descripción de hipótesis presenta amplísimas posibilidades.

Lo cierto es que se está en presencia de parejas que establecen una vida en común al margen de las formalidades previstas por el sistema. Bajo esta cobertura aparentemente homogénea caben situaciones de distinta naturaleza. En el primer término de la clasificación estarían las parejas de hecho constituidas entre personas que, estando en condiciones de prestar el consentimiento matrimonial, hubieran obviado los requisitos de la celebración y constituido una vida en común. En segundo término se encontrarían las parejas que hubiesen establecido esa convivencia sin ningún tipo de formalidad precisamente porque no reunían los requisitos para poder establecer válidamente una relación matrimonial al amparo de la ley. Dentro de la primera categoría, a su vez, se podría distinguir entre convivencias destinadas a comprobar la conveniencia de transformarlas o no posteriormente en un auténtico matrimonio (matrimonio a prueba) y las que entienden que, al amparo del sistema jurídico que resulta de aplicación, el modelo asumido tiende a constituirse como una relación matrimonial más o menos plena (*by habit and repute*, por ejemplo). A su vez, en la segunda clasificación, podría establecerse otra distinción en atención a la naturaleza del impedimento, cuya consideración puede variar en el espacio y en el tiempo. Compárese a modo de ejemplo la imposibilidad de contraer matrimonio entre hermanos con la que resulta de la existencia de un vínculo matrimonial anterior no disuelto legalmente (Espinar Vicente).

2. Efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales

714. Las uniones no matrimoniales basadas en la voluntad común de los componentes no suscitan problemas relevantes en orden a su constitución. Sólo corresponderá tener en cuenta que algunos sistemas jurídicos prevén su inscripción en un Registro, a los fines de la prueba de su existencia y estabilidad. Esto también se vería facilitado si la voluntad

de convivir maritalmente y con carácter estable se hubiera manifestado inicialmente en un pacto que regule las consecuencias económicas de la convivencia. Tampoco planteará problemas la disolución que se producirá sin la intervención de autoridad judicial cuando falte la voluntad común de mantener la convivencia. Así las cuestiones principales para el DIPr se suscitan, por un lado, en torno a la autorregulación de la unión no matrimonial mediante pacto. Y en defecto de pacto, sobre ciertas pretensiones de índole patrimonial (respecto a la vivienda común, el régimen de los bienes adquiridos durante la unión, los gastos comunes, la responsabilidad de los convivientes frente a terceros, etc.) ejercidas tras la ruptura de la unión (González Campos).

715. En las hipótesis de parejas que –pese a poseer capacidad nupcial– han optado por permanecer fuera del matrimonio, no cabe sino admitir que no desean verse atribuir los efectos que se derivarían de una celebración formal del matrimonio. Atribuir a estas uniones los mismos efectos que los que produce el matrimonio equivaldría a una asignación *ex lege* del estado matrimonial (Espinar Vicente). Por otra parte la atribución de los efectos previstos por la ley para uniones matrimoniales conlleva una incongruencia sistemática. Si una pareja a la que el derecho prohíbe el matrimonio puede generar efectos matrimoniales, resulta absurdo que se les prohíba casarse. Lo coherente sería suprimir el impedimento y permitirles casarse. La diversidad de hipótesis posibles conduce a concluir que no existe entre todos los tipos de convivencia no matrimonial una identidad de razón con el matrimonio que permita justificar la aplicación analógica de los preceptos que regulan la institución matrimonial a las uniones no matrimoniales.

Sólo los efectos económicos de la ruptura y el derecho a la percepción de alimentos por parte de uno de los miembros de una pareja sin hijos, tendría un cierto paralelismo con el matrimonio. Esta exposición se efectúa en términos de matrimonio y no de filiación, ya que los derechos de los hijos y las obligaciones de los padres no están necesariamente ligados a la naturaleza del vínculo social o jurídico que ligue a la pareja.

En opinión de González Campos, como la familia no matrimonial constituye una realidad propia, resulta más apropiado estar en cada caso a la ley aplicable a la concreta pretensión que se ejerce en el proceso.

En este orden de ideas propone que para la validez y los efectos jurídicos del pacto se aplique la ley que rige las obligaciones contractuales, y en defecto de pacto encuadrar las *pretensiones* concretas, atendiendo a su naturaleza y finalidad, dentro del marco de categorías generales como la del contrato, la responsabilidad no contractual o el enriquecimiento injusto.

716. Será necesario considerar especialmente la situación creada a partir de la aprobación en varios países europeos de normas que reconocen las uniones homosexuales. Dichas disposiciones (cuyo precedente es la ley danesa de 1989) tienen como común denominador el requisito de que al menos uno de los contrayentes tenga la nacionalidad del domicilio del país en el cual se registra la unión, pero presentan algunas diferencias significativas en el alcance que le otorgan a la aplicación supletoria de las normas de DIPr sobre matrimonio (Fernández Arroyo).

La cuestión se planteará en torno a los efectos que puede o debe tener una unión no matrimonial de este tipo, en los países que no disponen de una reglamentación similar. Si se pretende oponer el orden público habrá que tener en cuenta, además de su relatividad y excepcionalidad y de la vinculación interior, la propia idoneidad de los criterios retenidos para la fundamentación de la existencia de un principio de orden público. En otras palabras, deberá definirse si el requisito de heterosexualidad constituye o no un principio de orden público, sobre la base del "valor relativo" del mismo frente al fundamental "principio de alcance general" de protección de la libertad y dignidad de la persona (Fernández Arroyo). Desde la perspectiva jurídica de los Estados que cuentan con una reglamentación específica para las uniones homosexuales y si se configura una situación privada internacional, estas uniones podrán producir similares problemas de DIPr que los que plantean las uniones matrimoniales (cuestiones de competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias). En los demás países, la definición indicada debería adaptarse, siempre en un plano estrictamente jurídico, teniendo en cuenta los elementos constitutivos del orden público, como se hace frente a cualquier otra cuestión (Fernández Arroyo). Aun en los países más reacios a adoptar una posición tolerante sobre el particular, no debería dejarse de lado la necesidad de respetar esta exigen-

cia para alcanzar siquiera el reconocimiento de determinados efectos. No está demás señalar que esta evolución tiene, al menos por ahora, su máxima expresión en la reciente reforma del CC holandés eliminando el requisito de diversidad de sexos para la celebración del matrimonio.

II. Validez e invalidez de los matrimonios

1. Aspectos generales

A) Derecho aplicable a la validez intrínseca del matrimonio

717. Para que pueda existir un matrimonio válido, cada sistema jurídico exige el cumplimiento de ciertos requisitos que considera esenciales: el consentimiento de los contrayentes, su capacidad para contraer matrimonio y la prestación del consentimiento en alguna forma predeterminada. Pero los sistemas jurídicos difieren tanto en lo relativo a las condiciones que debe reunir un matrimonio para ser considerado válido, como en la elección de los criterios de la localización del derecho aplicable que indicará cuáles son los requisitos legales para que pueda celebrarse válidamente un matrimonio.

Para el DIPr la determinación del derecho aplicable a la validez de los matrimonios requiere examinar en primer término si es una única ley la que decide respecto de la existencia de los requisitos indispensables para que exista un matrimonio válido. El segundo problema es el que plantea la designación de ese sistema jurídico. La sumisión de todas las condiciones exigibles para la existencia de un matrimonio válido a un solo sistema jurídico (*lex matrimonii*) es declarada sólo por algunos sistemas jurídicos. Y aun en ellos, puede advertirse la necesidad de recurrir a la aplicación de otros derechos, que condicionan o limitan el ámbito de aplicación de la *lex matrimonii*. La pluralidad de leyes aplicables a los presupuestos de validez del matrimonio ha de permitir que se alcancen dos objetivos fundamentales en esta materia: la certeza jurídica que requiere la creación del *status* matrimonial y el *favor matrimonii*.

El juego de las normas del DIPr y del derecho interno aplicable a los presupuestos de validez del matrimonio deben permitir que se alcance

la certeza jurídica que requiere la creación del *status* matrimonial. Este objetivo encuentra su fundamento positivo en el reconocimiento del derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio que consagran los tratados internacionales sobre derechos humanos (González Campos). El principio de *favor matrimonii* puede reconocerse en la elaboración de normas que someten íntegramente la validez (formal y sustancial del matrimonio) a un solo derecho, así como en la interpretación y aplicación de las normas en orden a la determinación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la celebración de un matrimonio válido.

718. La identificación de la *lex matrimonii* con la ley del lugar de celebración es el más antiguo de los sistemas. El sistema de la *lex loci celebrationis* ha sido aceptado por gran número de países latinoamericanos, particularmente por todos los países vinculados por los Tratados de Montevideo. El sistema es simple y fácil de aplicar, porque el lugar de celebración de un matrimonio puede ser localizado sin mayores dificultades. Tiene sin embargo sus desventajas. Fundamentalmente ha de tenerse en cuenta que el sistema de la *lex loci* posibilita que los cónyuges vayan a contraer matrimonio a un país cuya ley les permite eludir las condiciones establecidas por la ley personal, evadiendo de este modo las prohibiciones internas. Habrá que tener en cuenta que el derecho así evadido podrá sin embargo funcionar, en su respectivo ámbito de aplicación, oponiendo obstáculos al reconocimiento del acto matrimonial.

Para otros sistemas nacionales, la ley personal de las partes es la indicada para regir las condiciones del matrimonio. La ley personal puede ser la ley del domicilio (como para los países signatarios de los Tratados de Montevideo y para Dinamarca y Noruega en el ámbito europeo) o la ley del país de la nacionalidad de los contrayentes (como para la mayor parte de los países de Europa continental).

Otros países han desarrollado sistemas que son mezclas de los tipos básicos. La combinación de los sistemas de la *lex loci* y la ley personal, fue desarrollada ya en la Convención de La Haya de 1902, que seguía en principio el estatuto personal (ley nacional), pero la *lex loci* podía permitir la celebración del matrimonio cuando las prohibiciones de la ley personal estuvieran fundadas en motivos religiosos y cuando los im-

pedimentos del derecho de fuente interna fueran más rigurosos que los de la ley nacional.

719. La diversidad de las condiciones que los sistemas jurídicos nacionales imponen para obtener un matrimonio válido, así como la diversidad de los regímenes aplicables, dará por resultado la producción de matrimonios claudicantes. Esto significa que la validez de un matrimonio, que resulta de la aplicación de las normas pertenecientes a un sistema jurídico, no será reconocida en los demás países. Al respecto se destaca una vez más que la cuestión no puede ser resuelta sin examinar el contexto jurisdiccional en que interesa examinar el reconocimiento de esa invalidez, pues las respuestas pueden diferir en uno u otro contexto. Si interesa obtener esa respuesta en más de un sistema, puede suceder que el matrimonio válido para un sistema jurídico sea considerado nulo para otro. Se plantearán así distintas cuestiones: reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero, localización del derecho aplicable al reconocimiento y derecho aplicable a los efectos de la falta de reconocimiento.

B) Consentimiento y requisitos de la capacidad matrimonial

720. El consentimiento constituye un verdadero presupuesto material para la validez del matrimonio, de lo que resultará que se sancionará la ausencia de consentimiento cuando éste es sólo aparente, cuando no es perfecto a causa de error, o cuando no se presta libremente por quienes van a contraer matrimonio. La existencia del pleno y libre consentimiento como requisito esencial de la existencia de un matrimonio válido ha sido recogida en tratados internacionales.

Para el DIPr subsiste sin embargo la cuestión de la localización del derecho aplicable al consentimiento. Si los sistemas jurídicos nacionales no han consagrado de manera expresa cuál es el derecho aplicable al consentimiento, será necesario examinar si la cuestión matrimonial se ha localizado en un solo sistema jurídico (*lex matrimonii*) o si, por el contrario, se aplican varios sistemas a distintas cuestiones vinculadas a la validez del matrimonio. En aquellos países que no han adoptado el sistema de la *lex loci celebrationis* como *lex matrimonii*, el consentimiento

matrimonial es una cuestión que queda sometida al estatuto personal de los contrayentes. Y aun en los sistemas de la *lex loci*, podrá reconocerse el control verificado por el derecho domiciliario en orden a garantizar la prestación del consentimiento matrimonial.

721. Similares reflexiones corresponde efectuar en orden a la capacidad de los contrayentes, a la ausencia de impedimentos y a su dispensa. Si la capacidad de las partes es sustraída del imperio de la ley personal y sometida al de la *lex loci*, la misma ley se aplicará a la ausencia de impedimentos y a la posibilidad y reglamentación de la dispensa de los mismos. Un ejemplo de este sistema se encuentra en los Tratados de Montevideo. Pero éstos consagran al mismo tiempo límites a la aplicación de la *lex loci*. Así, en estos tratados y en sistemas similares como el argentino, la capacidad de las personas para contraer matrimonio queda sometida a la ley del lugar de la celebración, pero el derecho domiciliario de los contrayentes que contuviere requisitos más exigentes que la *lex loci*, podrá oponer obstáculos al reconocimiento de la validez del matrimonio.

En todos los sistemas jurídicos, la capacidad de las personas para contraer matrimonio está sujeta a ciertas condiciones, o como usualmente se expresa, a la ausencia de ciertos impedimentos. Esas condiciones describen supuestos en que se encuentra comprometido el orden público matrimonial, atribuyendo distintos tipos de consecuencias a su violación, ya que el orden público no se considera comprometido por igual ante la violación de cualquiera de los impedimentos.

La excepción del orden público frecuentemente modifica las soluciones fundadas en un derecho extranjero; ya sea que éste sea demasiado liberal en la regulación de las condiciones para contraer matrimonio, o que por el contrario sea demasiado severo. La noción del orden público permite desconocer la validez a matrimonios que, válidos para el derecho del lugar de su celebración, no respetan condiciones de validez exigidas inexorablemente por el derecho del foro. También juega para posibilitar la validación de matrimonios que resultarían nulos de aplicarse el derecho extranjero que contiene condiciones de validez tanto más severas que las del derecho del foro, hasta resultar intolerable su aplicación.

C) Forma

a) Relevancia y significado de la forma

722. El problema de la validez de la forma no es relevante solamente desde la perspectiva del conflicto de leyes. La gran mayoría de las legislaciones prevén la intervención de un oficial público. Esto es, de un organismo estatal ante el que se celebra un acto público. Este acto confiere al matrimonio su validez formal. El matrimonio se configura como un acto solemne al intervenir en su celebración una autoridad, ante la cual se ha de prestar el consentimiento en forma legalmente predeterminada. Si el derecho del lugar donde el matrimonio se celebra lo concibe como un acto solemne, se establece un íntima relación entre la forma legalmente prevista para la prestación del consentimiento matrimonial y la autoridad interviniente en el acto de la celebración, porque la forma será necesariamente la prevista por el ordenamiento que ha creado esa autoridad y determinado sus funciones (*lex magistratus*). Pero la referencia a la *lex magistratus* no resuelve el problema de DIPr en causas internacionales, por cuanto para indagar acerca de la validez formal y sustancial de un matrimonio celebrado en el extranjero, deberá buscarse la solución indicada por la norma de conflicto del foro competente o de aquel foro cuya respuesta interesa prever (González Campos).

b) Ausencia de intervención de una autoridad estatal

723. La posibilidad de celebrar un matrimonio sin la intervención de una autoridad estatal está sometida a la ley del lugar de su celebración. Existen sistemas jurídicos en los que la celebración de un matrimonio válido, no presupone que la prestación del consentimiento deba efectuarse necesariamente ante una autoridad –estatal o religiosa– y de acuerdo a una forma predeterminada por la ley. Este es el caso de los matrimonios " informales"o "consensuales", uniones que se forman por el mero consenso y que son reconocidas como matrimonio en ciertos ordenamientos anglosajones en virtud de una posesión de estado o, según la expresión inglesa, *by habit and repute.*

El reconocimiento de la validez extraterritorial de estos matrimonios informales o consensuales plantea la necesidad de examinar el derecho aplicable. En cuanto cuestión formal resultaría de aplicación la regla *locus regit actum*. Cabría sin embargo considerar que ese reconocimiento podría ser obstaculizado por las reglas del derecho matrimonial del foro que exigen la intervención de la autoridad pública o religiosa o incluso apoyarse en la Convención de Nueva York de 1962, que establece que el consentimiento matrimonial debe prestarse ante la autoridad pública del Estado de celebración, para publicidad de la unión matrimonial y protección de la libertad de los contrayentes. Este razonamiento no es concluyente. Porque por una parte, en los Estados que reconocen el matrimonio *solo consensu*, no está en juego la protección de la libertad de los contrayentes y, por otra, la "forma" de prestación del consentimiento no es un elemento constitutivo del matrimonio. De este modo se concluye que un matrimonio informal o consensual podrá ser reconocido fuera del lugar de su celebración, siempre que en ese lugar se admitan este tipo de uniones matrimoniales, y donde los contrayentes sean considerados marido y mujer por tener en tal lugar su residencia habitual.

c) Matrimonios celebrados con intervención
de una autoridad estatal

724. Se considera en primer lugar el matrimonio celebrado ante autoridad estatal de carácter territorial. En estos supuestos la *lex magistratus* se identifica con la *lex loci*, o sea con el ordenamiento vigente en el ámbito territorial de esa autoridad. Así, en matrimonios celebrados en un país, por ej. Argentina, la autoridad estatal aplica el derecho argentino. En segundo término han de considerarse los supuestos de celebración de matrimonios ante autoridades estatales de carácter extraterritorial. Esto es, matrimonios celebrados ante las autoridades diplomáticas o consulares, habilitadas por el derecho del país que representan para celebrar matrimonios en el lugar donde están acreditadas. En estos casos el funcionario aplica el derecho del Estado del que deriva su autoridad.

Los problemas de DIPr no quedan resueltos con la designación del derecho aplicable a la realización de la forma matrimonial, sino que cabe investigar cuál es el derecho designado para regir la validez formal. Pa-

ra ello, por lo general, corresponderá distinguir los supuestos de celebración en el país donde el matrimonio pretende producir efectos, o en el extranjero. Este régimen jurídico podrá indicar de manera rígida la aplicación del derecho territorial a la forma de los matrimonios. Este derecho decidirá acerca de la aceptación o el rechazo del matrimonio consular o religioso. En tanto que ante supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, la *lex matrimonii* o la respectiva norma de conflicto, indicarán el derecho aplicable a la forma del acto matrimonial.

725. Por último cabe referirse a la celebración de matrimonios bajo forma religiosa. El derecho del lugar de celebración del matrimonio puede admitir la forma religiosa o civil con carácter optativo o imperativo. En cualquiera de los casos, el derecho privado matrimonial del lugar de celebración del acto, es el que debe indicar las condiciones bajo las cuales adquiere validez formal el matrimonio. Si el sistema civil admite la forma religiosa, habrá aún que examinar si la validez formal del matrimonio religioso es regida por el mismo derecho civil o por el derecho confesional. Sólo entonces corresponde decidir si, para el derecho escogido, se han cumplido las condiciones requeridas para la celebración de un matrimonio válido. En síntesis, la aplicación de un derecho confesional sólo es posible cuando ello es admitido por el derecho indicado como aplicable a la forma matrimonial.

D) Prueba

726. Un matrimonio suscita problemas de acreditación absoluta o parcial, cuando a pesar de su apariencia socio-jurídica externa la pareja carezca de los elementos probatorios necesarios para poder acreditar su existencia, o cuando algunos de los extremos necesarios para su reconocimiento haya quedado insuficientemente probado. Un matrimonio contraído en país extranjero, donde esos actos no estuvieran sujetos a un registro regular o auténtico, no sería inexistente ni necesariamente nulo. Solamente se vería afectado por un problema vinculado a la prueba.

La prueba del matrimonio presentará en primer término la necesidad de localización del derecho aplicable. En tanto que se la trate como una actividad que debe desarrollarse durante un proceso, la prueba quedará

regida –como las demás cuestiones de esa índole– por el derecho procesal del foro. Pero existen otros aspectos que pueden llevar a la aplicación de una ley diferente. Esto es lo que sucede con las reglas que determinan la carga de la prueba, la admisibilidad y apreciación de los medios de prueba y la naturaleza de las presunciones. En estos casos será más razonable sostener la aplicación del derecho aplicable al acto jurídico materia del proceso. Ello significa la sumisión de los aspectos sustanciales de la prueba del matrimonio al mismo derecho que rige la cuestión de su validez. Ese derecho deberá decidir qué hechos deben probarse, qué parte tiene que hacerlo y cuáles son los medios admitidos con el solo límite del orden público.

727. El sistema jurídico aplicable a la validez formal del matrimonio puede prever el otorgamiento de acta como una de las formalidades propias del acto. De ello resultará que el acta, a la vez que hace a la validez formal del matrimonio, opera también como prueba de su celebración. El mismo derecho deberá indicar si el acta matrimonial o su testimonio funcionan como prueba exclusiva o solamente como prueba principal u ordinaria y, en tal caso, regulará la admisibilidad de las pruebas supletorias.

Respecto de la prueba supletoria podrá sostenerse –en principio– la aplicación de ese mismo derecho. Sin embargo cabe plantear distintas hipótesis. Así puede pensarse que –en supuestos de imposibilidad de presentar la prueba requerida como prueba principal u ordinaria– el derecho aplicable a la prueba no contenga un régimen de prueba supletoria. O que existiendo, resulte más exigente que las previsiones que –para supuestos semejantes– contenga la ley del foro. En ambos casos se justificará el recurso al derecho procesal del foro. La misma solución cabrá indicarse para supuestos de que el derecho aplicable prevea el funcionamiento de medios de prueba contrarios a los principios de orden público del derecho del foro.

728. Una cuestión especial es planteada por la imposibilidad de lograr producir la prueba del matrimonio prevista por la ley de fondo. Si ese derecho aplicable a la validez formal y sustancial del matrimonio no ha previsto las formas supletorias, se planteará la cuestión de decidir si corresponde abandonar ese derecho y buscar la solución en el derecho procesal

del foro. El juego del principio del *favor matrimonii*, así como el reconocimiento operado por los tratados de derechos humanos del derecho a casarse, permiten abonar una posición que sostenga la aplicación del derecho más favorable a la prueba de la existencia del matrimonio.

2. Reglamentación convencional universal

A) Convención de La Haya sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios (1978)

729. Los convenios de vocación universal se aplican con carácter general, sin condición de reciprocidad, en todos los supuestos y cualquiera que fuere la ley aplicable. Al señalar su ámbito de aplicación, prescinden de la distinción entre Estados contratantes y no contratantes. Se aplican tanto a casos vinculados a Estados signatarios como a los vinculados con terceros Estados que no ostentan la condición de parte. Por ello los jueces no necesitan verificar el estado de ratificación del convenio, previo a su aplicación. Las normas convencionales se incorporan a los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados contratantes. Así, en la materia regulada por los convenios universales, no existirá diferencia entre la regulación convencional y la general.

La búsqueda de la armonía de las soluciones y los requisitos de la cooperación internacional marcan en este Convenio de 1978 una posición aún más radical que la de otras convenciones que limitan las materias sobre las que pueden efectuarse reservas, disponiendo su artículo 27 que "ninguna reserva al convenio será admitida".

El capítulo II del Convenio prevé su aplicación "al reconocimiento en un Estado contratante de la validez de un matrimonio celebrado en otro Estado". De modo que a los efectos de su reconocimiento no se exige que el matrimonio haya sido celebrado en país contratante.

730. El Convenio de 1978 plantea en el preámbulo el deseo de los Estados signatarios de facilitar la celebración de los matrimonios y el reconocimiento de su validez. Señala el art. 13 que el Convenio no impedirá la aplicación en un Estado contratante de "reglas de derecho más favo-

rables al reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero". La alusión en el art. 3 a la obligación de las autoridades de un Estado de celebrar el matrimonio en determinados supuestos, es compatible con la voluntad del Estado de celebrarlos en las condiciones menos exigentes de su propio sistema jurídico, pero no con la de rehusar su celebración, cuando las condiciones más severas de su propio sistema no sean satisfechas. La ambigüedad del objetivo perseguido en materia de matrimonio ha sido debidamente resaltada. Según Batiffol, el favor sistemático por la validez y el reconocimiento conduce a afirmar la subsistencia del primer matrimonio y la nulidad del segundo, lo que frecuentemente choca con el realismo y la constatación de los hechos, a menudo favorables a este último. Ante la imposibilidad de afirmar de antemano que la validez de un matrimonio sea en sí deseable, parece recomendable examinar pura y simplemente si las reglas de formación del matrimonio han sido respetadas (Aguilar Benítez de Lugo).

731. En la Convención de La Haya sobre celebración y reconocimiento de los matrimonios se adopta como principio general el de la *lex loci celebrationis* (art. 9). La ley del Estado de la celebración será competente, no sólo con relación a las condiciones de forma (art. 2), lo que constituye una regla generalmente admitida, sino también en cuanto a las condiciones de fondo (arts. 3 y 9). El Convenio recoge las críticas que se formulan a la aplicación de la *lex loci celebrationis* a las condiciones de fondo del matrimonio: inconveniente de su carácter accidental, episódico que posibilita que los cónyuges vayan a contraerlo a un país cuya ley les permite eludir las condiciones establecidas por la ley personal. Estas consideraciones fueron tenidas en cuenta por el Convenio que no atribuye competencia exclusiva sobre el fondo a la ley del lugar de celebración del matrimonio. Así, en virtud del art. 3 la obligación de celebrarlo se impondrá en dos casos: el primero es aquel en que uno de los futuros esposos tiene la nacionalidad del Estado del lugar de la celebración, donde habitualmente reside. La coincidencia de la conexión local con la de la nacionalidad y la residencia habitual de uno de los esposos, permite fortalecer la conexión lugar de celebración del matrimonio, atenuando el inconveniente de accidentalidad ya señalado. El segundo caso en que asiste obligación de celebrar el matrimonio, es aquel en que "cada uno

de los futuros esposos responde a las condiciones de fondo previstas por la ley interna designada por las reglas de conflicto del Estado de la celebración". Ello supone acudir a la ley del lugar, no sólo en cuanto a sus disposiciones de derecho material, sino también en cuanto a su sistema de normas de conflicto (Aguilar Benítez de Lugo).

732. Cada Estado contratante puede rechazar el reconocimiento de la validez de un matrimonio fundada en dicha ley solamente si, según el Estado que lo rechaza, uno de los esposos era ya casado, o estaba en grado de parentesco en línea directa con el otro esposo, o era hermano o hermana de sangre o por adopción, o no había cumplido la edad mínima para casarse y no había obtenido la dispensa necesaria, o no era mentalmente capaz de prestar su consentimiento, o no había consentido libremente el matrimonio. Pero no cabe desconocer aquella validez cuando, en caso de impedimento de ligamen, el matrimonio haya devenido ulteriormente válido por la disolución o anulación del matrimonio anterior (art. 11). O sea que la celebración de un matrimonio válido supone el cumplimiento de la ley del Estado de celebración, y, en segundo lugar, la ausencia de los obstáculos enumerados como exclusivos en el art. 11.

De este modo, de conformidad al Convenio, el matrimonio que haya sido válidamente celebrado o que llega a ser ulteriormente válido según el derecho del Estado de la celebración, es considerado como tal en todo Estado contratante, con la reserva de las disposiciones del Capítulo II (art. 9).

B) Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York (1962)

733. Esta convención reglamenta la Declaración universal de derechos humanos. Fue generada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y dirigida contra ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia considerándolas incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de los derechos humanos. Constituye un convenio universal y modifica el derecho interno; sin embargo, el Convenio no se aplicará a casos procedentes de países

que no lo ratificaron o que no adhirieron a él, si entre ambos países rige otro tratado, como por ejemplo el de Montevideo.

Conforme a esta Convención, no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley (art. 1). Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento sin haberlo retirado posteriormente. De esta manera se está frente a un matrimonio que se celebra a distancia, en el cual el consentimiento es prestado por cada cónyuge ante la autoridad competente ordinaria. Por lugar de celebración del matrimonio deberá reputarse al de aquel lugar donde se perfecciona el consentimiento matrimonial.

3. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

734. Como los tratados no contienen normas que determinen dónde se han de desarrollar los supuestos de hecho para que resulten de aplicación las normas convencionales, se entiende que los mismos son aplicados por las autoridades de los Estados vinculados en casos que tengan un contacto de fondo y no sólo procesal con cualquiera de los demás Estados vinculados, con tal que el mismo tratado considere el contacto como determinante del derecho aplicable al supuesto (ámbito espacial pasivo). Según Werner Goldschmidt, debe quedar a salvo no obstante, el caso de reconocimiento de sentencias de separación y divorcio de matrimonios celebrados en uno de los Estados vinculados dictadas por jueces de un Estado no vinculado, reconocimiento que ha de ser juzgado también por el Tratado. Así, según este autor, un matrimonio celebrado en Colombia que pretende ser disuelto por sentencia de divorcio de un juez mexicano (Estado no vinculado) quedaría sometido, en cuanto a la vali-

dez o invalidez de la sentencia de divorcio, al TMDCI de 1889, vigente en Colombia. Por ende, el derecho del domicilio conyugal (art. 13), en la Argentina, Bolivia y Perú, rige la disolubilidad del matrimonio colombiano. Además en estos tres países hay que considerar con jurisdicción internacional al juez del domicilio conyugal, en virtud de lo dispuesto por el art. 62 del Tratado (Boggiano).

735. El artículo 11 del Tratado de 1889 dispone que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar donde se celebra. Atento que validez e invalidez son conceptos recíprocos, pues la ausencia de validez conduce a la invalidez, y recíprocamente, de esta conexidad lógica surge que el mismo derecho aplicable a la validez se aplica a la ausencia de validez (invalidez). Invalidez comprende, aquí, invalidez formal y sustancial (consentimiento y capacidad). El art. 13 del TMDCI de 1940 reitera sin modificaciones lo dispuesto en el art. 11 del Tratado de 1889.

El derecho aplicable a la validez del matrimonio, la obligación internacional de reconocimiento, la cláusula especial de orden público y los impedimentos reciben la misma solución en ambos Tratados. Ello justifica su tratamiento conjunto.

736. La norma contenida en la primera parte de los arts. 11 (1889) y 13 (1940) que adopta la *lex loci celebrationis*, ha sido vista como la expresión del principio del *favor matrimonii*. Este deseo de lograr matrimonios válidos ha guiado la adopción de un estatuto único para regir los aspectos de fondo y forma que hacen a la validez del matrimonio, en razón de que el lugar de celebración y por ende el derecho aplicable son elegidos por los contrayentes presumiblemente con la intención de realizar un matrimonio válido (Goldschmidt).

Las razones de orden práctico que siempre pueden esgrimirse en favor de la aplicación de la regla *locus regit actum* en materia de forma, se aplican a la materia matrimonial. En cambio la sumisión a la *lex loci* de la capacidad y ausencia de impedimentos suscita cuestionamientos derivados de la fragilidad de la conexión elegida en orden a la vida del matrimonio. De ello resulta que si bien de conformidad a esta cláusula, los Estados signatarios se obligan a reconocer la validez de los matrimo-

nios contraídos de conformidad al derecho del lugar de la celebración, la segunda parte de la norma excepciona esta obligación.

737. El segundo párrafo de los arts. 11 y 13 expresa:

> "(...) sin embargo los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:
> a) falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimum 14 años cumplidos en el varón y doce en la mujer;
> b) parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
> c) parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
> d) haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite;
> e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente".

Los conceptos jurídicos que utiliza la cláusula especial de orden público son uniformes en el derecho de familia comparado de los Estados vinculados, por lo que no se han originado conflictos de calificaciones. Con relación al impedimento de crimen podrán presentarse dificultades prácticas y procesales (Boggiano). También Goldschmidt sostenía que la causal más importante y más compleja en el orden jurídico es el impedimento de ligamen. Las causas de la edad y el conyugicidio implican principalmente problemas de hecho, ocurriendo lo mismo con respecto al parentesco y la afinidad por la equiparación de lo legítimo y lo ilegítimo. En cambio la disolución válida de un matrimonio anterior (impedimento de ligamen) constituye un problema jurídico, que deberá resolverse según las reglas del mismo tratado, conforme se desarrolla en la última parte de este capítulo.

738. De conformidad a esta cláusula, cualquier Estado signatario puede usar la facultad de desconocer el matrimonio que se contrajo válidamente según el país de la celebración, pero que no cumplió con algunos de los requisitos de la cláusula especial. Pero si el matrimonio infringe no sólo la especial cláusula del tratado sino también los impedimentos de orden público del foro donde se pretende el reconocimien-

to del matrimonio, estos jueces ya no aplicarán una facultad internacional con fuente en el tratado sino una obligación interna con fuente en la cláusula general de orden público, reconocida también por el art. 4 del Protocolo Adicional a ambos Tratados. Dicha norma contiene una cláusula de reserva que faculta a los Estados signatarios a dejar de aplicar las leyes de los demás Estados cuando sean contrarias a las instituciones públicas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Celebrado un matrimonio en el territorio de uno de los países signatarios, con alguno de los impedimentos enumerados –por ejemplo el de ligamen–, el Tratado no impone a los demás países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez sino que deja librado al orden público internacional del país requerido la decisión que más convenga al espíritu de su legislación. En tal sentido, resulta de interés el fallo en el caso *"Solá"*, en el que la CSJN argentina revoca la sentencia de la Cámara Civil que desconocía efectos al matrimonio celebrado en Paraguay con impedimento de ligamen. La Corte expresó que la admisión del divorcio vincular en Argentina con la sanción de la Ley N° 23.515, habría producido un cambio en la concepción del orden público matrimonial que dejaba al juzgador en libertad de permitir la producción de efectos extraterritoriales al matrimonio celebrado en el extranjero (CSJN, 12/11/1996, *JA*, 3/12/1997).

739. Cabe también considerar la posibilidad de que la invalidez del matrimonio sea provocada por el mismo del derecho del lugar de celebración. Si el derecho del lugar de celebración contiene impedimentos más rigurosos que los enumerados en la segunda parte de los arts. 11 y 13, los jueces deberán respetar la solución del derecho del lugar de celebración del matrimonio, siempre que ésta resulte compatible con los principios de orden público del derecho del foro. En caso contrario, el orden público del derecho del foro podrá operar corrigiendo la invalidez provocada por la ley del lugar de celebración incompatible con esos principios de la *lex fori*.

740. El TMDCI de 1889 no contiene normas que regulen la cuestión de los efectos de la invalidez del matrimonio. A efectos de integrar esta

carencia de regulación se ha sostenido que la misma ley competente para señalar los requisitos indispensables para la validez del matrimonio, debe formular también las consecuencias de la infracción de esos requisitos (Goldschmidt, Boggiano). Si la invalidez del matrimonio es provocada por el derecho del lugar de la celebración –siempre que ese derecho sea compatible con el orden público del foro– los efectos de la invalidez deberán desprenderse del mismo derecho que causa la invalidez. Si en cambio, las objeciones a la validez del matrimonio resultan de la norma contenida en el segundo párrafo del art. 11 del Tratado, los efectos de la invalidez deberán desprenderse del derecho del foro que así lo declara (Goldschmidt, Boggiano). La misma solución corresponde en supuestos en que la invalidez resulte del funcionamiento del orden público del foro.

El Tratado de 1940 a diferencia del anterior contiene norma de conflicto según la cual los efectos de la nulidad del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio conyugal (art. 15.c).

741. En lo que respecta a la prueba del matrimonio deberán aplicarse las disposiciones de los TMDProcI de 1889 y 1940. Según el artículo 2 de ambos Tratados, las pruebas se admitirán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del juicio. Los Tratados prevén la posibilidad de que la admisión de determinados medios de prueba en el derecho que rige la causa resulte contrario a los principios de orden público de derecho del foro. En tal sentido expresan que "se exceptúa el género de pruebas que por su naturaleza no autorice la ley del lugar en que se sigue el juicio".

742. Las reglas de jurisdicción internacional están establecidas en los arts. 62 y 59 de los TMDCI de 1889 y 1940 respectivamente, que disponen que los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio matrimonial.

El Tratado de 1889 dispone en el art. 8 que si el matrimonio carece de domicilio, se califica de domicilio conyugal el del marido. La aplicación de esta norma deberá ser contrastada con las recogidas en tratados internacionales que han reconocido la total equiparación de los cónyu-

ges, sobre la base del principio de igualdad. En el Tratado de 1940 en cambio hay una nueva definición de domicilio conyugal. El domicilio conyugal radica en el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En defecto de esta convivencia localizada, hay que acudir al domicilio del marido (art. 8). La mujer casada conserva el domicilio conyugal, salvo la prueba de que haya constituido un nuevo domicilio en otro país (art. 9).

La delegación uruguaya hizo reserva de los arts. 9 y 59, por entender que conducirían al abandono del principio general domiciliario. La delegación peruana hizo reserva de su competencia judicial y legislativa en materia de personas, derecho de familia, relaciones personales conyugales y régimen de bienes en favor de nacionales peruanos.

743. La sentencia del foro del domicilio conyugal, fundada en el derecho del lugar de celebración, será reconocida en los demás Estados ratificantes, si fue dictada de conformidad a las reglas del Tratado. Sin embargo, es posible que alguno de esos Estados no reconozca la invalidez declarada si ella se opone a sus principios de orden público. El desconocimiento de la sentencia extranjera en tales supuestos podrá fundarse en el art. 5 del TMDProcI de 1889 y de 1940 (Boggiano).

B) Código Bustamante

744. Toda la materia del matrimonio excepto la forma (art. 41.2) está subordinada a la ley personal, que rige también todo lo que se refiere a los derechos de familia en general, relaciones personales de los cónyuges, paternidad, filiación, obligaciones alimentarias entre parientes y patria potestad, adopción, ausencia y emancipación. La Sección Primera del Capítulo IV sujeta las "Condiciones Jurídicas que han de preceder a la celebración del matrimonio" al estatuto personal. A ese estatuto personal (que se determina conforme lo dispuesto por las reglas generales del Código), queda sometido todo lo que refiere a la capacidad para celebrar el matrimonio, el consentimiento o consejo paterno, los impedimentos y su dispensa (art. 36).

Antes de casarse, los extranjeros deberán acreditar que han llenado estas condiciones según las exigencias de sus respectivas leyes personales. Podrán justificarlo mediante certificación de sus funcionarios diplo-

máticos o agentes consulares o por otros medios que estime suficiente la autoridad local, que tendrá libertad de apreciación (art. 37).

La legislación local es aplicable a los extranjeros en cuanto a los impedimentos que establezca y que no sean dispensables, a la forma del consentimiento, a la fuerza obligatoria o no de los esponsales, a la oposición al matrimonio, a la obligación de denunciar los impedimentos y las consecuencias civiles de la denuncia falsa, a la forma de las diligencias preliminares y a la autoridad competente para celebrarlo (art. 38). La forma también se rige por la ley del lugar de su celebración, pero los Estados signatarios cuya legislación exija la forma religiosa, podrán negar validez a los matrimonios celebrados por sus nacionales en el extranjero, sin observar esa forma (art. 41). Se reconocen los matrimonios celebrados –conforme al estatuto personal– por funcionarios diplomáticos o agentes consulares, en aquellos países donde las leyes lo admitan (art. 42).

745. Los Estados contratantes no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o por extranjeros, cuando ese matrimonio contraríe las disposiciones relativas a la necesidad de disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida respecto a los culpables de adulterio en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos, y a la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges para casarse con el sobreviviente, o a cualquier otra causa de nulidad insubsanable (art. 40).

4. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

746. Las normas argentinas de DIPr matrimonial se encuentran en el Código Civil, que en esta materia ha sido modificado por la Ley N° 23.515. La reforma introducida por esta ley ha significado la superación del sistema de la Ley matrimonial 2393 imperante en Argentina durante casi cien años. Se advierte una fuerte influencia de los Tratados de Montevideo, especialmente del Tratado de 1940.

En el art. 159 el Código Civil argentino reformado, adopta la regla tradicional del derecho argentino en materia de matrimonio, sometiendo su validez formal y sustancial a la ley del lugar de celebración: "(...) las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen".

747. El artículo siguiente introduce una restricción importante al funcionamiento de principio general de la *lex loci celebrationis*. Expresa el art. 160: "(...) no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1, 2, 3, 4, 6, o 7 del artículo 166".

El art. 166 del CC a su vez dispone:

> "(...) son impedimentos para contraer el matrimonio:
> 1) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.
> 2) La consanguinidad entre hermanos y medio hermanos.
> 3) El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1°, 2° y 4°; el derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada.
> 4) La afinidad en línea recta en todos los grados.
> 5) Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años.
> 6) El matrimonio anterior mientras subsista.
> 7) Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.
> 8) La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.
> 9) La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca o de otra manera".

748. Al imperio de la *lex loci* debe adicionarse entonces, la restricción impuesta por el derecho del foro que no admitirá la producción de efectos a matrimonios celebrados en el extranjero con impedimentos de pa-

rentesco, ligamen y conyugicidio. Cabrá examinar si las restricciones que resultan de la aplicación del art. 160 constituyen el único límite que opone el derecho argentino al juego de la *lex loci*. O, dicho de otra manera, si dicha cláusula refleja cabalmente el orden público matrimonial o esa investigación debe realizarse al margen de la misma y recurriendo a los principios incorporados al sistema jurídico argentino, por normas convencionales o autónomas.

En lo que respecta al ámbito de la *lex loci*, se observa en primer término que el art. 159 CC, a diferencia de sus fuentes (Tratados de Montevideo y el Código Civil de Uruguay) no enumera las materias comprendidas en el ámbito de la *lex loci*. De la sintética fórmula adoptada deberá desprenderse el ámbito material: cuestiones atinentes a la capacidad, la forma del acto, la existencia y la validez del mismo. Por otra parte deberá deslindarse el ámbito de la *lex loci* con relación al funcionamiento de la norma del art. 160 y de los principios de orden público

749. El consentimiento de los contrayentes constituye el verdadero presupuesto material para la validez del matrimonio. Sometida la reglamentación de las condiciones de validez intrínsecas de los matrimonios al derecho del lugar de celebración (art. 159), éste es el derecho aplicable al consentimiento y el que ha de regir sus efectos cuando es sólo aparente, cuando sea imperfecto a causa del error, o cuando no ha sido prestado libremente por quienes van a contraer matrimonio.

La respuesta que brinde el derecho del lugar de celebración deberá resultar compatible con los principios imperantes en el sistema jurídico del foro. No será admisible la solución fundada en el derecho del lugar de celebración que otorgue carácter matrimonial a uniones en las que no se ha garantizado el libre consentimiento de los contrayentes.

La construcción de la noción de matrimonio sobre el vértice de la existencia del consentimiento es un principio de orden público positivizado en tratados internacionales de alcance universal. Estos principios deben desprenderse en primer término de lo dispuesto en los Tratados incorporados a la Constitución nacional argentina. Tanto el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 23.3), como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17.3) expresan literalmente "(...) el matrimonio no puede contraerse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayen-

tes". En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, los Estados parte asumen la obligación de garantizar –en condiciones de igualdad a hombres y a mujeres– el mismo derecho a contraer matrimonio, para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento. De conformidad a estos principios, que se reflejan en el art. 172 del CC, no habrá matrimonio sin pleno y libre consentimiento de los contrayentes. Por tanto el derecho argentino no podrá reconocer el matrimonio –aun si fuere válido para el derecho del lugar en el que se celebró– si no existió pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes.

750. En este marco, sólo cabe al DIPr argentino preguntarse acerca de la ley aplicable a la forma de manifestarse el consentimiento y por la que resulta aplicable a los vicios del mismo. El art. 172 CC dispone expresamente que:

> "(...) es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente".

De conformidad a este artículo, el consentimiento debe ser prestado personalmente por los cónyuges ante la autoridad competente para celebrar los matrimonios.

El artículo siguiente define el matrimonio a distancia como aquel en que el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para celebrar matrimonios del lugar en que se encuentre. Los arts. 173 y 174 califican como lugar de celebración del matrimonio al lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. Calificado así el lugar de celebración, se lo localiza en el país donde actúa la autoridad competente ordinaria donde se perfecciona el acto.

751. La normativa citada reglamenta el matrimonio a distancia. Esta figura ya había sido introducida en el derecho argentino por la Conven-

ción de Naciones Unidas sobre el consentimiento, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, celebrada en Nueva York en 1962 y ratificada por Argentina por Ley N° 18.444. El art. 1 dispone: "(...) no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos; de acuerdo con la ley". Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, no será necesario que una de las partes esté presente, cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

Existen algunas diferencias entre la reglamentación del matrimonio a distancia de los arts. 173 y 174 del CC y el régimen de la Convención de Nueva York. En esa Convención, la eficacia del matrimonio está condicionada a que la autoridad competente ordinaria para celebrar el matrimonio adquiera el convencimiento de que existen circunstancias excepcionales que justifican tal modalidad del matrimonio. Algunos sistemas jurídicos establecieron expresamente los casos en que se admite esta forma de prestación del consentimiento matrimonial, por ejemplo casos de guerra. El régimen argentino se limita a expresar en la segunda parte del art. 174, que la autoridad competente para celebrar matrimonios juzgará las causas alegadas para justificar la ausencia. Por otra parte, el último párrafo del art. 173 dispone que la acreditación del consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa días de su otorgamiento. La Convención en cambio no establecía ningún plazo, pudiendo la retractación producirse en cualquier momento. Si bien el régimen argentino no prevé supuestos de retractación, el plazo de noventa días sólo supone el establecimiento de una caducidad automática del consentimiento prestado, sin que ello excluya la posibilidad de retirar el oportunamente prestado hasta el momento en que se perfeccione el acto ante la autoridad competente. El fallecimiento del cónyuge impide el perfeccionamiento del acto matrimonial.

752. Según queda dicho, la capacidad para casarse y la ausencia de impedimentos se rige por la ley del lugar de la celebración. Este derecho

desplaza en el derecho argentino la regla general que en materia de capacidad está contenida en los arts. 6, 7 y 948 CC que indican como aplicable el derecho domiciliar.

Sometida la capacidad de hecho y de derecho a la ley del lugar de celebración, debe considerarse además que, como en todos los sistemas jurídicos, la libertad de las personas para casarse queda sujeta a ciertas condiciones, o como se expresa usualmente, a ciertos impedimentos. En el derecho argentino la aplicación de la ley del lugar de la celebración del matrimonio quedará excepcionada por la existencia de los impedimentos enunciados en los incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del art. 166 conforme lo indica el artículo 160, que funciona como una regla de aplicación inmediata que desplaza las soluciones indicadas por la *lex loci*. En jurisdicción argentina estos impedimentos mencionados en el art. 160 se aplican aun cuando los contrayentes no estén domiciliados en el país. La definición y alcance de esos impedimentos se rige también por la ley argentina (Boggiano).

753. Como queda dicho, la invalidez de los matrimonios celebrados en el extranjero puede ser provocada por el derecho del lugar de celebración pero también por resultar afectada la norma de aplicación inmediata del art. 160 o la cláusula de reserva del orden público (art. 14 del CC). La invalidez constituye una sanción legal por el incumplimiento de los requisitos exigidos para la validez, por lo que no cabe sino aplicar a las consecuencias el mismo derecho que contiene esos requisitos.

La invalidez puede ser provocada por la ley del lugar de celebración que exige condiciones más rigurosas que el derecho argentino para la celebración de un matrimonio. Si esas condiciones más rigurosas son compatibles con el derecho argentino, en el foro argentino se deberá declarar la invalidez del matrimonio por aplicación del derecho del lugar de celebración. La invalidez provocada por la cláusula de la *lex loci* contraria a los principios de orden público del derecho del foro, puede ser corregida en éste por recurso a la cláusula de reserva de orden público.

Por otra parte, el matrimonio válido según la ley del lugar de celebración puede resultar violatorio de alguno de los impedimentos mencionados en el art. 160 del CC o de principios de orden público tutelados por la cláusula general de reserva del art. 14 CC.

754. A diferencia del TMDCI de 1940, el CC argentino reformado por la Ley N° 23.515 no contiene norma relativa al derecho aplicable a los efectos de la invalidez de los matrimonios, debiendo procederse a la integración de esa carencia de regulación teniendo en cuenta que el mismo derecho que provocó la invalidez –*lex loci celebrationis*– deberá regir también los efectos de la invalidez (precisándola como nulidad, anulabilidad o inexistencia). Si la invalidez es provocada por la ley del lugar de celebración, ése será el derecho que deberá regir también los efectos de la invalidez.

Si la invalidez en cambio es provocada por la norma del art. 160 o por la cláusula de reserva del art. 14 del CC, no será posible en tales supuestos desprender la reglamentación de los efectos de la invalidez de la *lex loci celebrationis*, sino que habrá que recurrir al mismo derecho que causa la invalidez. Pero el texto del art. 160, al reproducir la fórmula de los Tratados de Montevideo, no autoriza la declaración de la invalidez de los matrimonios celebrados en el extranjero cuando contrariéen las prohibiciones enumeradas, sino solamente su desconocimiento. Los efectos de este desconocimiento –que implica la privación de efectos propios al matrimonio celebrado en el extranjero– serán disciplinados por el derecho privado argentino.

755. En el Derecho matrimonial argentino el consentimiento matrimonial debe prestarse de acuerdo a una forma de exteriorización de la voluntad predeterminada por la ley. Se impone la forma civil con carácter solemne, con intervención necesaria de una autoridad pública. La forma prescripta para la celebración del matrimonio tiene carácter de requisito esencial para la validez de los actos celebrados en el país. En Argentina el matrimonio se configura como un acto solemne al intervenir en su celebración una autoridad –Jefe de Registro Civil– ante la que se ha de prestar el consentimiento según la forma legalmente predeterminada. De tal modo que, en supuestos de matrimonios celebrados en Argentina, coincidirán el derecho que impuso la forma civil al acto y el derecho que la reglamenta (el derecho del lugar de celebración es a la vez, *lex causae* y *lex magistratus*). La exclusión de toda otra forma de celebración para matrimonios celebrados en el país no juega para supuestos de reconocimiento en Argentina de matrimonios celebrados en el extranjero.

756. Para el derecho argentino, el matrimonio celebrado en territorio argentino en un consulado extranjero es inválido. Tampoco se ha autorizado a los cónsules argentinos en el extranjero a celebrar matrimonio. Ante supuestos de matrimonios consulares celebrados en el extranjero, deben distinguirse dos hipótesis: que el país del lugar de celebración del matrimonio admita la celebración de matrimonios ante la representación diplomática o consular acreditada en ese país, o que los rechace como lo hace el derecho argentino. En la primera hipótesis, tales matrimonios deberán ser reconocidos en la Argentina si han sido celebrados de conformidad al derecho del país al que pertenece la representación diplomática o consular. Ese derecho decide acerca de la existencia, nulidad, etc. También el derecho de ese país decidirá acerca de la validez del acto administrativo matrimonial. En cambio si en el derecho del lugar de celebración –al igual que Argentina– no se admite la validez de los matrimonios consulares, tales matrimonios no serán reconocidos en Argentina, aun cuando podrá producir efectos propios en el país al que pertenece la legación diplomática o consular.

757. El derecho privado matrimonial del lugar de celebración del matrimonio decide si admite la forma religiosa o civil con carácter optativo, o una u otra con carácter obligatorio. La aplicación del derecho confesional a la forma matrimonial sólo es posible cuando ello es admitido por el derecho vigente en el lugar de celebración. Similares consideraciones corresponde realizar en relación con las uniones consensuales y de hecho. El matrimonio por poder tampoco resulta admitido por el derecho argentino de fuente convencional e interna que requieren para la existencia del vínculo matrimonial, la prestación personal libre y plena del consentimiento matrimonial.

758. La prueba del matrimonio celebrada en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración (art. 161 primer párrafo del CC). La aplicación de la misma ley que rige las condiciones de validez extrínseca del matrimonio a la prueba directa y a la supletoria ya había sido admitida por doctrina y jurisprudencia anteriores a la reforma del Código Civil. La orientación material subyacente en el art. 159, y la consagración en tratados de jerarquía constitucional del derecho humano a contraer

matrimonio deberán guiar la interpretación de la normativa relativa a forma y prueba de los matrimonios. Para fundar la aplicación de las normas más favorables al reconocimiento de la validez formal de los mismos en el país, podrá recurrirse a la aplicación del art. 14.4 CC. La Corte Suprema se ha expedido sobre la cuestión de forma y prueba de los matrimonios. Se citan especialmente los casos *"Carubin, Dolores"* (*JA*, Doctrina, 1973-485), y *"Kravetz, Linda"* (*JA*,1942-III-310).

B) Brasil

759. Para tratar de las reglas aplicables al matrimonio, en lo que atañe al DIPr, antes es menester describir la manera por la cual el matrimonio, en general, es regulado en Brasil. Según la ley brasileña, el matrimonio civil es compulsorio y por eso gratuita su celebración. Se admite, asimismo, que el matrimonio religioso tiene efectos civiles respetando determinadas formalidades legales. La realización de la ceremonia del matrimonio es un acto solemne y presupone un procedimiento de habilitación, en la forma determinada por la Ley de Registros públicos, en el cual son presentados los documentos obligatorios y se promueve la publicidad a través de las publicaciones. Al final, concedida la certificación de habilitación, pueden los cónyuges casarse en el plazo máximo de tres meses. El mismo procedimiento debe ser seguido antes del casamiento religioso, que además deberá ser registrado en el plazo de treinta días a contar de la celebración. Resáltese asimismo que la legislación reguladora de los derechos de familia en Brasil es de naturaleza federal, siendo aplicable de la misma forma en todo el territorio nacional.

No obstante, hay una tradición de reconocimiento a las uniones familiares no fundadas en el casamiento. Esa práctica fue expresamente protegida por la Constitución de 1988, que determinó que la familia es la base de la sociedad, contando con una protección especial del Estado (art. 226). En el párrafo tercero de dicho artículo, la Constitución reconoció como entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, y en el párrafo cuarto las entidades familiares monoparentales. Así, hay tres modalidades de entidades familiares que gozan de entera protección del Estado, en igualdad de condiciones: aquélla surgida del matrimonio, la de la unión estable y la de la familia monoparental. Con relación a los

efectos de la unión estable, cabe señalar que fue equiparada al matrimonio por la Ley N° 8971/1994 y posteriormente por la Ley N° 9278/1996.

760. Brasil utiliza el elemento de conexión del domicilio para determinar la ley aplicable al derecho de familia. Por lo tanto, el matrimonio se rige por ese principio, además de la regla general de la *lex loci celebrationis* para el acto. El art. 7 LICC trata de la ley aplicable al comienzo y fin de la personalidad, del nombre, de la capacidad, y de los derechos de familia. Por lo tanto, es preciso distinguir la ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio, que es la del domicilio de los contrayentes –pudiendo ser diferente para cada una de ellos–, con las reglas relativas al derecho de familia que pasarán a regir el matrimonio después de la celebración. También podrá haber modificaciones si hubiere cambio de domicilio con relación al anterior, ocasionando diferentes hipótesis de aplicación de la ley extranjera. Así en lo que atañe a la capacidad de los cónyuges para contraer matrimonio, será aplicable la ley de su domicilio, en cuanto al acto, será regido por la ley del lugar de celebración.

Específicamente, en lo que se refiere al matrimonio, el párrafo primero del art. 7 LICC establece la regla de aplicación de la ley brasileña para los matrimonios realizados en Brasil, no solamente en lo que respecta a las formalidades de celebración, sino también con relación a los impedimentos matrimoniales. Cabe saber si todos los impedimentos de la ley brasileña (art. 183 del CC que pronto será reemplazado) deben ser respetados, o si solamente los impedimentos dirimentes públicos. La opinión de Espínola y Dolinger es que el legislador brasileño, al modificar la introducción al Código Civil, con la Ley de 1942, aún vigente, siguió la orientación consagrada en la Convención para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio de La Haya (1902), y en el Código de Bustamante, arts. 36 a 38, este último en vigor en Brasil. Por lo tanto a los contrayentes domiciliados en el exterior tendrá que aplicarse su ley personal en lo que se refiere a la capacidad para contraer matrimonio, inclusive los impedimentos allí establecidos, y también los primeros ocho impedimentos de la ley brasileña, considerados impedimentos dirimentes absolutos o públicos (éstos comprenden cuatro categorías jurídicas, a saber: incesto, adulterio, bigamia y homicidio). En ese sentido, véase el RESP 34.093-RJ, 1995, en el cual el Superior Tribunal

de Justicia no reconoció un matrimonio realizado en el exterior, antes de la introducción del divorcio en Brasil, de un brasileño no divorciado y por lo tanto impedido de contraer nuevo matrimonio.

761. El párrafo segundo del art. 7 trata del matrimonio consular, que en Brasil es admitido en estrechos límites. Se dará solamente si ambos contrayentes fuesen extranjeros y de la misma nacionalidad, en la forma establecida en la ley brasileña. Por lo tanto, si los contrayentes son extranjeros pero de diferente nacionalidad, el matrimonio en Brasil ante el consulado del país extranjero, en principio, es nulo. Asimismo, existe un plazo perentorio de dos años para aducir la nulidad, que se considerará subsanada si no fuere alegada en el plazo estipulado.

Así, en Brasil, como regla, los matrimonios aquí realizados siguen los mandatos de la ley brasileña, a excepción del matrimonio consular, y aquéllos celebrados en el exterior tienen validez en el territorio nacional, independientemente de cualquier formalidad, siendo reconocidas todas las formas de matrimonio debidamente comprobados según el derecho extranjero. El Tribunal de Río de Janeiro, siguiendo ese criterio, reconoció un matrimonio de hecho no registrado, proveniente de la antigua URSS.

Debe notarse, sin embargo, que a pesar de que Brasil ha seguido como criterio de conexión el domicilio, quedan algunas disposiciones todavía originarias del criterio de la nacionalidad, que regía las relaciones familiares hasta 1942. Encontramos el elemento de la nacionalidad, al tratar la necesidad de registrar matrimonios entre extranjeros y brasileños, objeto de varias decisiones judiciales. Según la ley brasileña, es imperativo que se haga en Brasil el registro del matrimonio realizado en el exterior, cuando uno de los cónyuges fuere brasileño. Para el matrimonio de extranjeros tal registro es facultativo, en la forma ya decidida por el STF, en RE 78120 PE, 1974 y por el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro, Apelación Civil N° 4609 de 1988, *ementario* 11-98, n. 7.

C) Paraguay

762. El matrimonio genera relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre los cónyuges y les confiere un especial *status* jurídico. La

Constitución nacional en el artículo 51 con relación al matrimonio expresa: "(...) la ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre los cónyuges".

763. El art. 132 CC paraguayo establece que "(...) la capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración". Esta disposición tiene por fuente el proyecto de la Comisión Nacional de Codificación (art. 132) y el Anteproyecto de Código Civil De Gásperi, art. 134, que en la correspondiente nota dice: "(...) sustituye este precepto el artículo 2 de la ley del matrimonio civil el cual, a su vez, reproduce con pequeñas alteraciones el artículo 159 del Código de Vélez, trasegado por Bibiloni al 539 de la primera redacción de su Anteproyecto y por la Comisión Argentina de Reforma del Código al artículo 337 inc. 1 de su proyecto, cambiando la palabra validez por eficacia".

En el régimen anterior el problema se encontraba reglado por la Ley del matrimonio civil (LMC) del 2 de diciembre de 1898, que en su artículo 2 determinaba la ley aplicable también por medio a la *lex loci celebrationis*. La disposición excluía expresamente de la esfera de la aplicación de la *lex loci celebrationis*, los matrimonios celebrados con los impedimentos establecidos en el artículo 9 incs. 1, 2, 3, 5 y 6 de la LMC. Conforme a la interpretación de Silva Alonso, constituirían disposiciones de orden público internacional vigentes por cuanto de acuerdo al art. 2810 CC la LMC de 1898 sólo quedó parcialmente derogada. Es decir, los impedimentos de parentesco, consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos o ilegítimos, la consanguinidad, entre hermanos o medios hermanos legítimos o ilegítimos, la afinidad en línea recta en todos los grados; ligamen, por subsistencia del vínculo matrimonial anterior; crimen, por haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges, son situaciones que excluyen la regla o ley del lugar de celebración y son regidas por la ley territorial y constituyen impedimentos de orden público internacional.

En el art. 132 CC se omite una mención específica similar, aunque se hace sí expresa mención a la capacidad de las partes, las formas y la validez, puntos incluidos y englobados en el término validez. Su redacción evitó la discusión que se había producido en la doctrina argentina, respecto de si la ley del lugar de celebración regía tanto las formas extrínsecas del acto y también los aspectos intrínsecos del matrimonio. Al mencionar la forma, capacidad y validez es obvio que la disposición se refiere tanto a los elementos extrínsecos como intrínsecos.

De lo expuesto se deduce que la validez (y por supuesto, la invalidez) de un matrimonio según el Código se rige por la ley del lugar de celebración, entendiendo por validez tanto lo que hace a la capacidad, como a la falta de impedimentos y las formas. Empero, conviene hacer una distinción con relación al alcance del precepto refiriéndonos a las limitaciones que la existencia de ciertos impedimentos pueden imponer a la aplicación de la *lex loci celebrationis*.

764. Además de las incapacidades vinculadas a la edad, donde además las legislaciones varían respecto de la edad mínima, existen otras, identificadas en general como impedimentos en razón de parentesco –por consanguinidad o por afinidad–, de matrimonio anterior subsistente, o por el criterio legal de rechazo al divorcio vincular y actos ilícitos cometidos contra el cónyuge del otro contrayente, pudiendo existir otros de acuerdo a la particularidad de la legislación.

La validez del acto de conformidad con la ley del lugar de celebración del matrimonio, no supone necesariamente la validez del acto en la República; un acto válido de acuerdo a la *lex loci*, puede no obstante no ser válido en otro lugar, entre otras razones porque la aplicación de la ley del primer lugar podría importar admitir matrimonios celebrados con impedimentos que contrarían manifiestamente el orden público internacional de otro Estado. Una ley que admitiera, por ejemplo, la validez del matrimonio entre hermanos, no podría ser aplicada en la República por ser un acto manifiestamente contrario al orden público. Según lo dicho, un matrimonio celebrado con impedimentos que afecten al orden público internacional, aun siendo considerado válido por la ley del lugar de celebración, no sería admitido en función de las disposiciones que asumen este carácter, arts. 17 y 18 de la Ley N° 1/92 que derogaran

los arts. 140, 141, 142 del CC, y por tanto no admitido en el territorio nacional (Código Civil artículo 22, 2do., párrafo). Así pues, aun cuando la ley no se refiera expresamente a los impedimentos mencionados en los arts. 17 y 18 de la Ley N° 1/92 (parentesco, ligamen o crimen), el matrimonio celebrado en contraposición a estas disposiciones no resulta válido en la República.

Debemos consignar que todos los supuestos contemplados inicialmente en el art. 140 del CC (entre los cuales apuntamos la novedad que importa el rechazo expreso de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, de hecho no admitido por contrariar las buenas costumbres en el régimen anterior) y los previstos también inicialmente en los arts. 141 y el 142 CC, modificados por el artículo 1/92 con el alcance señalado, constituyen disposiciones que impiden la aplicación de la *lex loci celebrationis* por ser contrarias al orden público internacional paraguayo.

765. En cuanto a las formas, como hemos visto, son regidas por la ley del lugar de celebración del matrimonio, conforme surge del citado art. 132 CC. En realidad es una aplicación de la regla *locus regis actum*, hecha la aclaración de que lo que la ley desea al establecer la *lex loci*, es la sumisión de las formas a una regla que permita fijeza y seguridad respecto de los aspectos formales del acto, de manera de evitar que un matrimonio por falta de algunos requisitos formales exigidos en otras legislaciones, diversos al lugar de celebración, pueda ser considerado inválido en un Estado y válido en otro.

D) Uruguay

766. Conforme el art. 2395 CC, la capacidad de las personas para contraer matrimonio, y la forma, existencia y validez del acto matrimonial, se rigen por la ley del lugar de su celebración. La falta de consentimiento de los contrayentes constituye un impedimento dirimente para el matrimonio (arts. 91.2 y 105 CC). Aquellos que no hayan cumplido dieciocho años no pueden prestar consentimiento válido; si se trata de hijos legítimos, necesitan el consentimiento expreso de sus padres y a falta de ambos el del ascendiente más próximo, tutor o curador especial

(arts. 105 a 108 CC). Si se trata de hijos naturales reconocidos, se requiere el consentimiento del padre o la madre que los haya reconocido con las formalidades legales, y de los dos si ambos los han reconocido; a falta de dichos padres, el del tutor o curador especial (art. 109 CC). En caso de igualdad de votos contrarios, se preferirá el favorable al matrimonio (arts. 106.2 y 109.1 CC). "Cuando el consentimiento para el matrimonio se niegue por la persona o personas que deben prestarlo, habrá recurso ante el Juzgado competente, para que declare irracional el disenso" (art. 110 CC). La edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años cumplidos en el varón y 12 en la mujer (art. 91.1 CC).

767. Para contraer matrimonio, la forma civil es obligatoria (art. 83 CC); recién luego de efectuado el mismo podrá procederse al matrimonio religioso (art. 84 CC). Previamente a la celebración del matrimonio, debe instruirse un expediente informativo para acreditar que los contrayentes se hallan desimpedidos y han cumplido los requisitos civiles del caso, ante el Oficial del Estado Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Dicho funcionario publicará el proyectado matrimonio por medio de la prensa y edicto que permanecerá fijado en la puerta de la oficina por espacio de ocho días, y contendrá los nombres y demás datos de los novios e "intimación a los que supieren algún impedimento para el matrimonio proyectado que lo denuncien o hagan conocer la causa" (art. 92 CC). Las denuncias de impedimentos serán presentadas por escrito al Oficial del Estado Civil, quien mandará agregarlas al expediente, con noticia de los novios, y remitirá al Juzgado Letrado competente para su trámite y posterior resolución (art. 94 CC).

Los impedimentos dirimentes para el matrimonio son la falta de edad requerida, la falta de consentimiento de los contrayentes, el vínculo no disuelto de un matrimonio anterior, el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítima o natural, en la línea transversal el parentesco entre hermanos, el homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio contra la persona de uno de los cónyuges, respecto del sobreviviente, y la falta de consagración religiosa cuando ésta se hubiese estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio (art. 91 CC).

El Oficial del Estado Civil procederá a "(...) celebrar el matrimonio en público, *pro tribunali*, en presencia de cuatro testigos, parientes o extraños, recibiendo la declaración de cada novio de que quieren ser marido y mujer. Acto continuo declarará el Oficial del Estado Civil, a nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio legítimo; y levantará en forma de acta la partida de matrimonio (...)" (art. 97 CC). El acta matrimonial y las partidas de matrimonio se firmarán por los contrayentes y testigos inmediatamente antes de celebrarse el matrimonio, y el Oficial del Estado Civil firmará el acta y las partidas inmediatamente después de celebrarlo (arts. 1 y 2 Decreto N° 677/1975 de 1/9/1975). Por causas que a su juicio sean suficientes, el Oficial podrá celebrar el matrimonio fuera de su oficina (art. 99 CC).

El matrimonio puede celebrarse por medio de apoderado con poder especial en forma (art. 100 CC), siempre que uno de los contrayentes esté domiciliado en el país, aunque ninguno de los dos se encuentre en su territorio. Si ninguno de los contrayentes se encuentra en el país ni tiene domicilio en él, no podrá celebrarse el matrimonio por apoderados por ser imposible la determinación de la circunscripción (art. 92 CC) donde debe ser celebrado (Alfonsín, Fiscal de la Hoz, 22/12/1925, *RDJA*, t.30).

El derecho uruguayo no requiere que los contrayentes estén domiciliados en el país para la celebración en él de matrimonio válido. Basta que tengan residencia en Uruguay aunque ésta sea pasajera y precaria; es decir que no es necesario que se den los elementos constitutivos del domicilio internacional. Fundamento normativo: art. 16 del Decreto-Ley N° 1430, de 11/2/1879 de Registro de Estado Civil, art. 3 CC (JLC, Aguerrebere, 12/6/1926; Alfonsín, Matteo, *RDJA*, t. 30).

768. Los cónsules y agentes diplomáticos extranjeros acreditados en Uruguay no pueden celebrar matrimonios en el territorio de la República, por estar expresamente prohibido por el art. 7 de la Ley N° 1405 de 24/9/1878 y contravenir además lo dispuesto en los arts. 83 y 2395 del CC. A partir de la Ley N° 10.084 de 4/12/1941 (Apéndice del CC), tampoco pueden hacerlo los agentes diplomáticos o consulares uruguayos acreditados en el extranjero; el art. 2395 establece que la forma del matrimonio debe sujetarse a la ley del lugar de su celebración. Cumplidos los requisitos que esta última establece, dicho matrimonio será recono-

cido como válido en Uruguay. Ésta sólo podrá ser desconocida si dicho matrimonio afectara el orden público internacional uruguayo. Se considera nulo el matrimonio celebrado ante cónsul uruguayo acreditado en el extranjero, y ante cónsul extranjero acreditado en Uruguay, por contravenir los arts. 2395 CC, art. 1 Ley de matrimonio civil obligatorio de 22/5/1885 y art. 7 Ley de 16/5/1878 (JLC 1°, 30/5/1983, Malherbe; Arrighi, *ADCU*, XIV, c. 309).

769. Los matrimonios se inscriben en el Registro de matrimonios del Registro del Estado Civil (Decreto-Ley N° 1430, de 11/2/1879). Toda persona puede pedir certificados o testimonios de cualquiera de las actas del Registro de Estado Civil, y la Dirección General de este Registro, los Oficiales del Estado Civil y los Concejos Departamentales estarán obligados a darlos. Estos certificados y testimonios harán plena fe respecto de los hechos que refieren, tanto en juicio como fuera de él (art. 54 de la Ley N° 13.318, de 28/12/1964, modificativo del art. 20 de la Ley N° 1430, de 12/2/1879).

770. La existencia y validez del matrimonio también se rige por la ley del lugar de la celebración del mismo (art. 2395 CC). Tienen competencia internacional para entender en el juicio de nulidad los jueces del lugar de celebración (art. 2401 CC). La procedencia o extinción de la acción de nulidad se rige por la ley del lugar de celebración del matrimonio (JLC, Aladio, 9/2/1926, Matteo, *RDJA*, t. 30). Ejecutoriada la sentencia declarando la nulidad del matrimonio, el juez actuante oficiará al registro para que se efectúe la anotación correspondiente (art. 207 CC).

En principio, la nulidad del matrimonio tiene efectos retroactivos en todos los órdenes del matrimonio: personales, patrimoniales y en relación con los hijos (JLC 5°, Rodríguez de Vecchi, 4/12/1972). Respecto de los cónyuges, varían según que hayan obrado de buena fe o no al momento de la celebración del matrimonio; el conocimiento posterior es irrelevante. La buena fe se presume; la mala fe debe ser probada por quien la alega (Matteo, *LJU*, c. 7893). "No obstante la mala fe por parte de ambos cónyuges, los hijos serán considerados siempre hijos legítimos" (art. 210 CC).

III. Efectos personales del matrimonio

1. Aspectos generales

771. Como queda dicho, la exposición tradicional del matrimonio en el DIPr trasuntaba la concepción del matrimonio como la de una institución de estructura única, que producía siempre similares efectos. Ya se ha señalado que ello se ha debido en gran parte a la influencia que ha tenido en el derecho occidental la concepción del "matrimonio cristiano". El mismo término –efectos del matrimonio– refleja esa concepción en la que la unión matrimonial trasciende a sus componentes individuales y les impone ciertos deberes en orden a alcanzar unos fines inherentes *al propio concepto de matrimonio.*

Por el contrario, los sistemas jurídicos secularizados que se basan en el pluralismo de creencias y afirman la plena libertad e igualdad de los cónyuges, entenderán que corresponde tan sólo a los casados, en ejercicio de su libertad, establecer el contenido de su vida en común de acuerdo a sus ideas, convicciones y circunstancias propias. Atento lo expresado, González Campos propone la sustitución del término "efectos" por el de relaciones entre los cónyuges. De esta forma pretende expresar el paso de una concepción institucional del matrimonio a otra basada en la voluntad de quienes deciden ligarse por el vínculo matrimonial. En opinión creciente no existe ni puede existir un único modelo de convivencia matrimonial que pueda constituir el objeto genérico de las diversas y complejas estructuras familiares. Hoy es posible hablar de nuevos paradigmas en el derecho occidental. Los cambios sociales permiten proponer una sistematización de nuevos planteos que dinamizan el derecho de familia. Este emergente derecho de familia surge, en gran medida, como efecto obligado de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos. En estos tratados se sustenta el paso del modelo de la "autoridad y subordinación" al modelo basado en la "igualdad, cooperación y solidaridad" entre los miembros de la familia. El modelo actual se sustenta también en el reconocimiento de la autodeterminación de los cónyuges para atribuir distintos efectos al acto de celebración del matrimonio. Correlativamente, también en la reglamentación de la ley aplicable a esos efectos, se da cada vez más espacio a la voluntad de los

cónyuges, y sólo en la medida en que no se ha ejercido esa libertad se acude a otras previsiones legales.

772. En la exposición tradicional del tema –que se mantiene en el derecho de familia latinoamericano– la celebración de un matrimonio válido desencadena la producción de los derechos y deberes de los esposos que corresponde al modelo matrimonial admitido por cada comunidad jurídica, deslindando normativamente cada tipo de categorías de relaciones matrimoniales.

En ese orden expositivo, ha de considerarse en primer término que el matrimonio produce efectos típicos del acto matrimonial. Son los efectos personales y patrimoniales que caracterizan la relación jurídica interindividual que se establece entre los dos esposos mientras perdura la unión matrimonial. Pero –desde la perspectiva clásica– además de estos efectos típicos debe tenerse en cuenta que el matrimonio produce también efectos sobre las relaciones de familia, los que constituyen una categoría de relaciones diferenciada, destacándose entre ellos los derechos y deberes derivados de las relaciones paterno filiales. Por último cabe considerar también efectos conexos a la relación matrimonial, que a veces son consecuencias de determinadas políticas legislativas. Pueden mencionarse entre los aspectos afectados por la celebración del matrimonio, el régimen previsional, impositivos, de disposición del inmueble en que está constituido el hogar familiar. Estas diferencias entre las distintas categorías de efectos repercutirá sobre el DIPr en orden a la necesidad de la localización del derecho aplicable a cada una de ellas.

La exposición se circunscribirá entonces a la localización del derecho aplicable a los efectos típicos del matrimonio. La repercusión de la celebración de éste sobre los aspectos conexos son regidos en cada caso por la ley a las que nos remita la norma de conflicto especialmente prevista para el tema. La respuesta deberá buscarse en cada una de las materias en que se tome en consideración el estado matrimonial (derecho de la seguridad social, impositivo, sucesorio, etc.).

773. Desde la perspectiva internacional debe considerarse que los sistemas jurídicos nacionales pueden o no declarar aplicable el mismo derecho a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges. Por

tanto –previo a la determinación de la ley aplicable– habrá que examinar la distinción entre relaciones personales y patrimoniales, con lo que se traslada al DIPr la tradicional exposición de la doctrina civilista.

Como en cada sistema jurídico matrimonial lo personal y lo patrimonial se combinan con predominio pero no con exclusión de uno u otro factor, no será posible establecer una distinción tajante. Como modo de obviar algunas de las dificultades que conlleva la distinción entre efectos personales y patrimoniales, se ha sugerido la conveniencia de someter todos los efectos del matrimonio a la misma ley. Pero se advierte que ni siquiera de esa manera se puede obviar esta problemática porque aun los sistemas que parten de una conexión común a ambos regímenes, tienden a matizar su aplicación cuando se trata del régimen económico del matrimonio, que por otra parte en muchos Estados sólo juega en ausencia de capitulaciones establecidas por la voluntad de las partes (Pérez Vera). Por ello, la sumisión de ambas categorías de efectos matrimoniales a una sola ley, no excluye la posibilidad de que se presente el conflicto de calificaciones.

774. La definición de los efectos personales resulta muy compleja por cuanto este concepto abarca un amplio espectro de cuestiones que, por estar relacionadas con la organización de la vida en común de los cónyuges, resulta fuertemente influida por las valoraciones imperantes en la comunidad jurídica en que esa realidad se inserte. Tradicionalmente la categoría genérica "relaciones personales de los cónyuges" se ha utilizado como comprensiva de los deberes de cohabitación, respeto y fidelidad mutuas, débito matrimonial, posibilidad de fijar el domicilio conyugal, etc. Pero también se incluyen en esta categoría las consecuencias que se derivan de la posición que cada uno de los esposos ocupa en la estructura matrimonial, incluso cuando repercuten sobre el régimen económico del matrimonio, como por ejemplo la obligación de pagar alimentos, el poder de llaves, etcétera.

La amplitud y heterogeneidad de su contenido ha inclinado a la doctrina a aceptar una caracterización negativa de los efectos personales, entendiendo por tales aquellos que no inciden directamente sobre el régimen de bienes del matrimonio. Esta definición, si bien no evitará los problemas de calificaciones, brinda un criterio rector mínimo que orien-

tará la búsqueda de la solución en cada sistema jurídico nacional que resulte aplicable. La cuestión se encuadrará en general en el estatuto personal de los esposos si la hubieran cambiado en la última ley personal. La aplicación de esa regla resultaba de fácil aplicación en los sistemas en que la ley personal es la ley del domicilio y siempre que la mujer participara obligatoriamente del domicilio del marido. En los sistemas de la nacionalidad ya Batiffol marcaba el retroceso del estatuto personal en favor de la ley de la residencia habitual, considerada más real y efectiva. El lugar de actual cohabitación de los cónyuges aparece como el más razonablemente vinculado a la cuestión. Presenta además la ventaja de evitar el juego del orden público en la restricción a la aplicación del derecho extranjero (de la nacionalidad común por ejemplo).

2. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

775. En ambos TMDCI, los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta a las relaciones personales se rigen por la ley del domicilio conyugal (arts. 12 del Tratado de 1889 y 14 de 1940), admitiéndose la mutabilidad automática del régimen aplicable. El domicilio conyugal al que refieren los Tratados es el domicilio efectivo de los cónyuges. Esta noción aparece en la calificación autárquica de domicilio conyugal del art. 8 del Tratado de 1940, en cuanto lo identifica como el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En el Tratado de 1889 no se encuentra una calificación similar, pero una noción así aparece en la segunda parte del art. 12, en cuanto indica que si los cónyuges mudaren de domicilio, las relaciones personales se regirán por las leyes del nuevo domicilio.

El art. 62 del Tratado de 1889 y el art. 59 del Tratado de 1940 confieren jurisdicción a los jueces del foro del último domicilio conyugal. Por otra parte juega en materia de acciones personales el art. 56 de ambos Tratados que consagra el foro del domicilio del demandado.

B) Código Bustamante

776. En el Capítulo cuarto –Del matrimonio y el divorcio– la Sección Tercera refiere a los efectos del matrimonio en cuanto a las personas de

los cónyuges. Los efectos personales se rigen por el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso, el del marido, en lo que toque a los deberes respectivos de protección y obediencia, a la obligación de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia, a la disposición de los bienes comunes y a los demás efectos personales del matrimonio (art. 43). Como puede verse se trata de normas difícilmente compatibles con la prohibición de discriminación por razón de sexo y con un concepto contemporáneo de derecho familiar.

La obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente se somete al derecho territorial (art. 45). También se aplica imperativamente el derecho local que priva de efectos civiles al matrimonio del bígamo.

3. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

777. Los efectos personales del matrimonio son regulados por el art. 162 del CC que en su primer párrafo dispone que "(...) las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste se aplicará la ley de la última residencia".

El punto de conexión escogido –domicilio conyugal efectivo– es definido en la norma, sin resolver el problema del conflicto móvil que se puede plantear ante eventuales cambios de domicilio de un país a otro. No indicando la norma en qué momento debe tomarse en cuenta el domicilio común de los cónyuges, se considera que se lo habrá de apreciar al momento en que se plantee una discusión o controversia sobre relaciones matrimoniales (Boggiano).

El punto de conexión subsidiario plantea problemas de interpretación. Por última residencia debe entenderse último lugar de residencia común de los cónyuges. Esta interpretación conduce a un resultado razonable en casos de abandono, de cambio abusivo de domicilio o de simple distanciamiento de uno de los cónyuges que genere una situación en la cual se justifica defender al otro (Boggiano).

Las normas de jurisdicción internacional se encuentran en el art. 227 del CC que dispone que deberán intentarse ante el foro del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

778. El último párrafo del art. 162 dispone que las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entienda en la causa. Si se considera que las medidas urgentes alcanzan a los actos del matrimonio, se aplicará el art. 227 para la determinación del juez con competencia internacional. Pero esta norma no juega de manera excluyente (Boggiano).

B) Brasil

779. El derecho de familia en Brasil aún hoy tiene su principal sede legal en el CC de 1916 (y que pronto será reemplazado por un nuevo CC, cuya entrada en vigor está prevista para 2003), en la línea de las grandes codificaciones del siglo XIX, sufrió importantes modificaciones con la entrada en vigor de toda una legislación especial y dispersa, iniciada por el Estatuto de la mujer casada de 1962 (Ley N° 4121/1962) por el cual la mujer dejó de ser relativamente incapaz y pasó a asumir un papel independiente y no tutelado, tanto en las relaciones familiares como en las demás de la vida civil. La igualdad entre los cónyuges, sin embargo, sólo encontró amparo legal con la Constitución de 1988, en el art. 226 párr. quinto, que eliminó la figura del marido como jefe de la sociedad conyugal. Así, los efectos personales del matrimonio deben ser examinados a la luz del nuevo ordenamiento constitucional brasileño, a ejemplo de lo que ya ocurrió en el capítulo anterior.

780. En Brasil, las obligaciones resultantes del matrimonio están enumeradas en el art. 231 del CC, a saber: fidelidad recíproca, vida en común, asistencia mutua, y obligaciones de ambos en cuanto al sustento, guarda y educación de los hijos. Las prerrogativas antes establecidas, resultantes de la autoridad del marido, entonces jefe de la familia –representación legal, administración de los bienes comunes y bienes particulares de la mujer, el derecho de fijar el domicilio de la familia y proveer la manutención de la familia–, fueron casi eliminados con la consagra-

ción de la igualdad entre los cónyuges. De la misma forma, gran parte de los artículos referentes a los derechos y deberes de la mujer, resultantes de su situación de dependencia, también fueron derogados. Por lo tanto sólo las situaciones en que se pueden medir los efectos personales del matrimonio, tanto en derecho interno como en DIPr, fueron preservadas, como la cuestión relativa al nombre y al consentimiento conyugal. Por ejemplo, tenemos la disposición que permite a la mujer agregar a su nombre los apellidos del marido, derecho ése que incluso persiste aún después del divorcio. La cuestión del domicilio conyugal antes fijado de forma unilateral por el marido ahora resulta del ejercicio conjunto de los derechos y deberes por el hombre y por la mujer, en la forma determinada por la Constitución (art. 226 párr. quinto de la Constitución de 1988).

781. En el ámbito del DIPr, el derecho brasileño no contiene una disposición específica para regular las relaciones personales de los cónyuges, sometiendo la materia a los preceptos del art. 7 LICC, que utiliza, como hemos señalado varias veces, el criterio del domicilio para la determinación de todas las cuestiones relativas al derecho de familia en general. La dificultad puede estar, no en la aplicación de la regla de conexión, pero sí en la forma de determinación del domicilio del matrimonio a ser utilizado por ella. El antiguo párrafo séptimo de la LICC, que decía que el domicilio conyugal era aquél del jefe de la familia, salvo en caso de abandono, fue derogado por la norma constitucional. De esta forma, no hay más una regla especial para esos casos.

Los arts. 31 y 33 CC califican el domicilio como el lugar de la residencia con ánimo definitivo, o alternativamente el punto central de los negocios. Es de notar que el párrafo 8° del art. 7 de la LICC permite la utilización del lugar de residencia siempre que el domicilio no pudiera ser determinado.

Dolinger advierte que la equiparación entre el hombre y la mujer, promovida por la Constitución de 1988, sepultó cualquier regla de DIPr que no respete esa igualdad, tornando inconstitucionales varios arts. del Código de Bustamante, como por ejemplo el art. 24, que trata la misma situación del art. 7, párr. 7, y también del art. 43 del citado Código.

782. El matrimonio no produce modificaciones en la nacionalidad de los cónyuges según la ley brasileña, no siendo elemento atributivo de nacionalidad. Conserva, de esta forma, el extranjero casado con un brasileño, su nacionalidad anterior. De la misma forma, un brasileño casado con extranjero conserva inalterada su nacionalidad, aun si la ley personal del marido o de la mujer le atribuyen por el matrimonio otra nacionalidad. Tiene el extranjero casado con un brasileño sólo el beneficio de reducción en el plazo de residencia exigido para la concesión de la naturalización, requisito éste enteramente dispensado para los casados con diplomáticos brasileños por más de cinco años.

C) Paraguay

783. De acuerdo con el art. 133 CC, "(...) los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial". Esta disposición tiene por fuente el art. 14 del Tratado de Montevideo de 1940, el art. 135 del Anteproyecto De Gásperi y el art. 3 de la Ley del matrimonio civil (LMC). A tal efecto el art. 155 CC dispone: "(...) el domicilio conyugal será establecido o cambiado de común acuerdo entre el marido y la mujer" . La Ley de Reforma parcial del Código Civil N° 1/92 dispuso en la primera parte de su art. 14 que "(...) se considera domicilio conyugal el lugar en que por acuerdo entre los cónyuges éstos hacen vida en común, y en el cual ambos gozan de autoridad propia y consideraciones iguales". De este modo quedó derogado el art. 53 de la LMC de 1889 que concedía al marido la facultad de fijar la residencia o domicilio conyugal, salvo cuando ella hiciera peligrar la vida o la salud física de la mujer.

Esta posición sitúa por tanto a la mujer en igualdad absoluta respecto al hombre en cuanto a la facultad de constituir el domicilio conyugal; en caso de separación, este será el último domicilio en el cual han vivido de consuno. Vemos por tanto que la solución legal interna en base al principio de igualdad es la constitución del domicilio por ambos cónyuges, pero en caso de separación habrá que determinar cuál es el domicilio conyugal a los efectos de la ley, resuelto conforme a las disposiciones citadas, por medio del último domicilio en que los esposos vivían en común.

D) Uruguay

784. Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial (art. 2396 CC), siempre que los cónyuges tengan establecido tal domicilio de común acuerdo (art. 9 Ley N° 10.783, de 18/9/1946, de Derechos civiles de la mujer); en caso contrario, y si ambos tienen su propio domicilio en el mismo país, sus relaciones personales se rigen por la ley de éste último.

IV. Atenuación o disolución del vínculo matrimonial

1. Aspectos generales

A) Los supuestos de atenuación o disolución del vínculo matrimonial

785. La exposición relativa a la atenuación o disolución del vínculo matrimonial, supone la consideración de diferentes situaciones jurídicas, cuya nota común es la existencia de una quiebra, inicial o sobrevenida, en el proyecto de vida en común de los cónyuges. Los supuestos posibles pueden ser agrupados en torno a tres ideas centrales, subrayándose que cada uno de ellos posee su propio régimen jurídico en el derecho material.

a) Ineficacia del matrimonio, derivada de la nulidad del acto matrimonial, por haberse infringido en el momento de la celebración alguno de los requisitos o presupuestos de fondo –consentimiento, capacidad matrimonial– o el requisito de la forma de prestación del consentimiento. Por tanto, la nulidad del matrimonio, que requiere una declaración judicial, entraña la nulidad del particular negocio de derecho de familia en que se basa la unión conyugal.

b) Suspensión de la comunidad de vida entre los cónyuges en el supuesto de un matrimonio válido y eficaz, que puede producirse por voluntad de éstos, mediante una simple separación de hecho o mediante una separación declarada judicialmente a petición de uno o de ambos de ellos. Esta suspensión de la vida en común de los cónyuges puede modificarse mediante reconciliación. El vínculo matrimonial subsiste.

c) Disolución de un matrimonio válido y eficaz, por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, por la declaración judicial de su fallecimiento o por sentencia de divorcio.

B) Inexistencia y nulidad del matrimonio

786. La acción de nulidad del matrimonio se prevé como mecanismo para impugnar la validez de aquellos que han sido celebrados sin observar alguno de los presupuestos de ella. Constituye una sanción para el incumplimiento de los requisitos de validez. Presupone que al menos exista una apariencia de validez, o sea que el matrimonio haya sido celebrado, aun incumpliendo los requisitos exigidos para su validez. La nulidad o inexistencia del matrimonio debe ser establecida en el DIPr por el mismo derecho que rige la validez. Ese mismo derecho debería también disciplinar sus efectos. La nulidad del matrimonio se establece mediante declaración judicial. Por ello el tema tiene una estrecha vinculación, por una parte, con la determinación de los foros competentes y, por la otra, con las condiciones del ejercicio de la acción –plazos y naturaleza– en que debe ser ejercida. La íntima relación que existe entre la legitimación procesal y el régimen general de la acción de nulidad, excluye la calificación procesal de estas cuestiones. Así, en el DIPr estos temas deberán disciplinarse por el derecho que rige la nulidad del matrimonio que, como queda dicho, no en todos los sistemas jurídicos se trata de una sola y única ley. También la ley aplicable a la nulidad debe aplicarse a la convalidación de un matrimonio nulo. Se subraya la relevancia del elemento jurisdiccional en el análisis de esta cuestión.

787. En muchos sistemas jurídicos nacionales la declaración de nulidad de un matrimonio no impide que éste pueda producir algunos de los efectos de un matrimonio válido. El llamado matrimonio putativo es contemplado con mayor o menor alcance por muchos sistemas jurídicos nacionales. En el DIPr la ley aplicable a los efectos de la nulidad está condicionada por un presupuesto inicial. Es posible partir de una concepción jurídica unitaria del matrimonio putativo, a partir de la cual cabe construir una solución general para el tema de los efectos. También es posible considerar separadamente las distintas relaciones

jurídicas que se derivan del matrimonio (efectos de la nulidad sobre el régimen económico, la filiación, etc.). Según el criterio que se adopte para la determinación del derecho aplicable a los efectos de la nulidad se podrá estar a la ley aplicable a la nulidad, con carácter general, o sino a la ley aplicable a los efectos concretos que hubiera producido el matrimonio si hubiera sido válido. Existen también soluciones que tratan de combinar las dos orientaciones anteriores (la ley rectora de la nulidad determina la existencia de un matrimonio putativo; la ley aplicable a los diversos efectos, las consecuencias en caso de nulidad de matrimonio) y otras basadas simplemente en la buena fe de uno de los cónyuges (González Campos).

C) Separación matrimonial de hecho

788. El cese efectivo de la convivencia matrimonial puede producirse sin intervención de ninguna autoridad estatal, es lo que se denomina "separación de hecho". Algunos sistemas jurídicos admiten la validez de pactos entre cónyuges para disciplinar las relaciones económicas posteriores a su separación. Admitida la celebración de tales pactos en el derecho privado, será preciso –en una perspectiva internacional– determinar cuál será el derecho aplicable a los pactos que configuran la separación de hecho. La localización del derecho aplicable a estos supuestos debe partir de una calificación del negocio como familiar y no contractual, ya que la finalidad de estos pactos es la de modificar el régimen legal de las relaciones entre cónyuges.

Aun encuadrando estos pactos en el derecho de familia cabe considerar distintas opciones. Por una parte podría considerarse la aplicación de la ley propia de cada una de las relaciones conyugales modificadas por el pacto (personales, económicas, paterno filiales) o por otra someterlos en su totalidad a la ley rectora de los efectos del matrimonio. Pese al inevitable fraccionamiento que introducirá, la primera de las soluciones aparece más razonable por cuanto el derecho aplicable a los efectos del matrimonio ha sido seleccionado por los legisladores nacionales para ser aplicable en hipótesis de convivencia de la pareja. Habiendo desaparecido la convivencia y en tanto que el pacto ha modificado las concretas relaciones que se derivan del régimen legalmente previsto, es la ley aplica-

ble a esas relaciones la que debe determinar la validez de lo convenido por los cónyuges.

D) Separación judicial o divorcio

789. La diversidad legislativa con que los sistemas jurídicos contemplan la regulación de las situaciones de grave anormalidad de la vida matrimonial que pueden ocasionar la relajación o disolución del vínculo matrimonial, obedece a distintas causas. Por una parte hay que tomar en consideración que existen aún sistemas jurídicos que consideran de orden público la indisolubilidad del vínculo matrimonial, por lo que sólo ofrecerán soluciones tendentes a sancionar la separación personal. Sin embargo, la carencia de normas internas que posibiliten la obtención del divorcio vincular puede no obstar al reconocimiento de divorcios decretados en el extranjero.

Por otra parte hay que considerar la diversidad legislativa en lo que refiere a las formas de obtener el divorcio (mutuo consentimiento, divorcio unilateral o alegación de causales en proceso contradictorio). Además hay que contemplar aun que el divorcio puede considerarse como una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicarla (sistema del divorcio sanción) o como una solución para poner fin a una situación objetiva, derivada o no de culpa de los cónyuges, que hace imposible el mantenimiento de la convivencia (divorcio remedio). Consiguientemente tampoco existe uniformidad en cuanto a los efectos que producen divorcio y separación.

790. A la diversidad de regímenes en el derecho matrimonial comparado corresponde una problemática similar en el orden internacional, ya que la atribución de soluciones para casos de divorcio y separación con elementos extranjeros no está guiada por criterios uniformes. En los distintos sistemas nacionales de DIPr, reclamarán aplicación la ley del lugar donde el matrimonio fue celebrado, la ley personal de las partes (domicilio o nacionalidad) y el derecho del foro ante el cual se tramita el proceso de separación o divorcio. Aun introduce mayor complejidad en el tema la consideración de los regímenes confesionales y la posibilidad de reconocimiento de efectos civiles a disoluciones operadas conforme al de-

recho confesional. La diversidad legislativa y la ausencia de normas de conflicto uniformes hacen imposible obtener soluciones que pretendan algún grado de universalidad. Así como el reconocimiento de la validez del matrimonio depende del derecho del foro donde pretende producir sus efectos, la eficacia de las sentencias de separación y divorcio dependerá también del derecho del foro donde se peticione su reconocimiento.

791. En los sistemas del MERCOSUR, tanto la separación judicial como el divorcio suponen la intervención de una autoridad pública competente para decretarlos (pero esto no es así en todos los Estados). De ello resulta que sea imprescindible considerar la determinación de los foros competentes con carácter previo a la localización del derecho aplicable. Los jueces competentes –por indicación de sus propias normas de jurisdicción– aplicarán el derecho indicado por las normas de conflicto del sistema de DIPr del foro, en la fundamentación de las decisiones de separación y divorcio.

Se advierte similar diversidad legislativa en materia de determinación de los foros competentes en materia de separación o disolución (residencia habitual o domicilio de los cónyuges, domicilio del demandado y aun la pervivencia del foro del lugar de producción del hecho invocado como causal de divorcio o separación).

792. Corresponde aún considerar la determinación de la ley aplicable a los efectos de la separación y el divorcio. La sentencia de separación o de divorcio produce una modificación del estado civil del matrimonio y define los derechos y deberes que corresponderán a cada cónyuge en el marco de la nueva situación familiar. Puede decirse que contiene una decisión acerca de cómo se transforman en el caso concreto los efectos personales de la anterior relación matrimonial. Básicamente se tratará de la transformación del deber de socorro en una pensión compensatoria y de la transmutación del deber de actuar en interés de la familia, en la determinación de una serie de comportamientos recíprocos y de ambos para con los hijos (Espinar Vicente). Las sentencias de separación y divorcio provocan una serie de efectos automáticos tales como la disolución del régimen matrimonial, y de recuperación de la aptitud nupcial, en el caso de las sentencias de divorcio. Por otra parte, otros efectos del matri-

monio sufrirán alteraciones derivadas del nuevo estado. Tanto unas como otras consecuencias de las sentencias de separación o disolución, quedarán regidas por la ley aplicable a cada tipo de relaciones afectadas.

E) Disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges

793. Algunos sistemas jurídicos equiparan a la muerte como causa normal de disolución del matrimonio a la declaración de muerte presunta. En otros sistemas como el argentino, en cambio, el matrimonio no se disuelve con la declaración de muerte presunta del ausente, sino con el nuevo matrimonio del cónyuge presente. La jurisdicción y el derecho aplicable a la declaración de ausencia, siguen sus propias reglas. Pero como la declaración de fallecimiento con relación a subsistencia del vínculo matrimonial crea una situación que afecta a ambos cónyuges, corresponde independizar esta cuestión del derecho aplicable a los efectos de la declaración de muerte presunta sobre el matrimonio. De este modo se someterán los efectos de la disolución por declaración de muerte presunta al mismo derecho que rige la disolución del matrimonio. De ese derecho deberán desprenderse las consecuencias que produce la sentencia de muerte presunta sobre el matrimonio.

2. Reglamentación convencional universal: Convención de La Haya sobre el reconocimiento de los divorcios y las separaciones de cuerpos (1970)

794. A los efectos del reconocimiento de las sentencias extranjeras de divorcio y separación de cuerpos, este Convenio (que tuvo escasa fortuna pero que sirve para analizar las tendencias de reglamentación) reconoce como conexiones determinantes de la competencia del juez del Estado de origen a los foros de la residencia habitual, la nacionalidad y el domicilio. Se ha perseguido el equilibrio entre el criterio del domicilio propio de los países del *common law*, y el de la nacionalidad, correspondiente a los países continentales europeos, si bien es cierto que la primacía se la confiere al foro de la residencia habitual. Las conexiones atributivas de competen-

cia a los tribunales del Estado de origen de la residencia habitual del demandado (art. 2.1) y la nacionalidad común de los esposos (2.3.) operan como criterios de jurisdicción autosuficientes y, bajo ciertas condiciones, alternativa o acumulativamente establecidas, la residencia habitual o la nacionalidad del demandante (referidas a la duración de la residencia habitual del demandado o del demandante, a la coincidencia de la residencia habitual del demandante con la última residencia habitual común y a la coincidencia de la nacionalidad del demandante con su residencia habitual) traduce el deseo de fortalecer y consolidar unas conexiones que se consideran menos relevantes o significativas y pretende evitar el peligro del *forum shopping*. El domicilio se introduce como criterio de conexión por vía indirecta, al estipular el art. 3 que la expresión "residencia habitual" comprenderá el domicilio en el sentido en que dicho término es admitido en el Estado de origen (Aguilar Benítez de Lugo).

795. El art. 6 del Convenio declara que el reconocimiento no podrá denegarse por el motivo de que la ley interna del Estado donde se invoca no permita, según los casos, el divorcio o la separación de cuerpos por los mismos hechos. La prohibición del control de la ley aplicable por el juez de origen, que como principio admite el art. 6, sufre diversos correctivos. En virtud del art. 7 todo Estado contratante podrá denegar el reconocimiento de un divorcio entre dos cónyuges que, en el momento de su obtención, eran exclusivamente nacionales de Estados cuya ley no conoce el divorcio. La limitación al reconocimiento es muy relativa, por cuanto atribuye una simple facultad y limitada al supuesto de que los dos esposos sean exclusivamente nacionales de Estados que prohíben el divorcio.

Por otra parte admite que todo Estado podrá hacer una o varias de las reservas establecidas en el mismo Convenio, con lo que se amplían las posibilidades de no reconocimiento de los divorcios decretados en el extranjero, planteadas en el art. 7.

A su vez, el Convenio prevé como motivos para denegar el reconocimiento de una decisión de divorcio o separación de cuerpos, el supuesto en que no se hubieren tomado las medidas apropiadas para que el demandado fuera informado de la demanda, o no se le hubiere permitido hacer valer sus derechos (art. 8) y el relativo a la incompatibilidad del

divorcio o separación de cuerpos con una decisión anterior pronunciada en el Estado requerido, o reconocida o reconocible en dicho Estado (art. 9) aparte del tradicional orden público (art. 10).

796. Como principio, el Convenio descarta el control de la competencia de la ley aplicada por el juez de origen cuando declara que no podrá rehusarse el reconocimiento por el motivo de que se haya aplicado una ley distinta de la que habría sido aplicable según las reglas del DIPr del Estado requerido (art. 6) Ese principio del control de la competencia de la ley aplicada por el juez de origen, experimenta algunos correctivos. Así, el art. 19 permite a los Estados reservarse el derecho de no reconocer un divorcio o una separación de cuerpos entre dos esposos, que en el momento de su obtención eran exclusivamente nacionales suyos, cuando se haya aplicado una ley distinta de la designada por su DIPr, salvo que esta aplicación haya conducido al mismo resultado que si se hubiese observado esta última ley. De éste, el control de la competencia legislativa, que inicialmente tiene carácter formal, experimenta un correctivo, material, sustantivo, a través de la equivalencia de los resultados (Aguilar Benítez de Lugo)

3. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

797. El art. 62 del TMDCI (1889) otorga jurisdicción internacional en materia de nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general en todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos, a los jueces del domicilio conyugal. Esta jurisdicción es exclusiva y excluyente (Guastavino). Según el art. 8 cuando el matrimonio carece de domicilio se califica de domicilio conyugal al del marido, pero esta regla sería claramente inconstitucional en todos los Estados parte.

En cuanto al derecho aplicable a la separación y disolución del matrimonio, el art. 13 dispone la aplicación del derecho del domicilio conyugal siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró el matrimonio. O sea que el Tratado condiciona la apli-

cación de las soluciones que brinda el derecho del domicilio conyugal, a la admisibilidad de la causal "alegada" por el derecho del lugar de celebración. La ambigüedad del término causal ha dado lugar a que se controvierta su interpretación. Por una parte se propiciaba la facultad de los tribunales del domicilio conyugal para disolver matrimonios en otros Estados, si la causal de disolución era al menos causa de separación en los Estados no divorcistas en que se hubiera celebrado el matrimonio. Actualmente, los países vinculados por el Tratado de 1889 (Argentina, Bolivia, Perú y Colombia) admiten el divorcio vincular. Por tanto si por causal se entiende causal de disolución, el juez del domicilio conyugal podrá aplicar su propio derecho a la disolución de matrimonios celebrados en cualquiera de esos países.

798. El art. 59 del TMDCI (1940) otorga jurisdicción a los jueces del domicilio conyugal en juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general en todas las cuestiones que afecten las relaciones de los cónyuges. Esta jurisdicción es exclusiva y excluyente. Hay una nueva calificación de domicilio conyugal. El domicilio conyugal radica en el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En defecto de esta convivencia localizada, también se prevé la conexión subsidiaria del domicilio del marido (art. 8) que, como dijimos, no resulta para nada apropiada a la época actual ni a los parámetros constitucionales vigentes. La mujer casada abandonada por su marido conserva, no obstante, el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido, por separado, en otro país domicilio propio (art. 9). La delegación uruguaya hizo reserva de los arts. 9 y 59 por entender que conducirían al abandono del principio general domiciliario.

799. En el texto de 1940, la disolución está regida por el derecho del domicilio conyugal (art. 15.b). Sin embargo, el Estado en cuyo territorio se ha celebrado el matrimonio disuelto por el juez del domicilio conyugal no está internacionalmente obligado a reconocer la validez de la disolución, si la causal de disolución alegada fue el divorcio y el derecho del Estado donde el matrimonio se celebró no admite el divorcio vincular. No se plantean aquí las dudas interpretativas que surgían en torno al término "causal" en el Tratado de 1889. En el Tratado de 1940, por

causal debe entenderse "causal de disolución". Además limita la facultad de no reconocer la disolución decretada por el juez del domicilio conyugal sólo al Estado de celebración del matrimonio.

Por lo tanto si el divorcio es admitido en el derecho del lugar de celebración, el juez del domicilio conyugal aplicará sus propias normas para disolver el matrimonio. Ni el país de celebración ni los restantes Estados signatarios podrán oponer obstáculos al reconocimiento de la sentencia de divorcio fundados en la distinta regulación de formas y causales.

800. La última parte del inciso b) del art. 15 contiene una norma de derecho penal: el subsiguiente matrimonio celebrado válidamente en un Estado no puede originar delito de bigamia en ningún Estado vinculado. Esta es una norma de unificación internacional de derecho penal.

801. Los TMDCI son de aplicación cotidiana en materia matrimonial. Así, entre otros muchos ejemplos, en la jurisprudencia uruguaya podemos encontrar:

– Se entabla acción de nulidad de un matrimonio contraído en Argentina pero domiciliado en Uruguay ante los tribunales uruguayos. Conforme al art. 62 del TMDCI de 1889, vigente en ese momento entre Argentina y Uruguay, eran competentes los jueces del domicilio conyugal. La ley aplicable era la argentina (lugar de celebración, art. 11); se declara la nulidad del matrimonio conforme a la misma, por existir respecto de una de las partes un matrimonio anterior no disuelto legalmente (JLC 7°, 26/7/1955; Matteo, *LJU* c. 4601).

– A pesar de la reserva efectuada por Uruguay de los arts. 9 y 59 del TMDCI de 1940, la doctrina y la jurisprudencia sostienen la competencia internacional de los jueces del domicilio conyugal para entender en las acciones de nulidad, sobre la base de lo dispuesto en el art. 56 del mismo Tratado. En una acción de nulidad de un matrimonio celebrado en Paraguay, los tribunales uruguayos asumieron competencia por haber sido en Uruguay el último domicilio conyugal (JLF 19°, Tashdjian, N° 95, 27/5/1992 y confirmatoria TF 2°, Chediak, Piatniza, Battistella de Salaverry, N° 73, 23/8/1993; Matteo, *RUDIP*, N° 1, Arrighi).

– En una acción de nulidad de un matrimonio celebrado en Argentina y estando domiciliados los cónyuges en Uruguay, se declara la com-

petencia de los tribunales uruguayos, en aplicación del art. 59 TMDCI de 1940. Se agrega que sobre la base del art. 56 de dicho Tratado se llegaría a idéntica solución por estar el demandado domiciliado en el país y tratarse de una acción personal (TAC 1°, Maestro, Olmedo, García otero, N° 21/77, *RUDProc*, 1977, c. 186; Arrighi).

B) Código Bustamante

802. El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges (art. 52). El Código expresa en el art. 54 que las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges. O sea que la aplicación del derecho del domicilio conyugal no conduce necesariamente a la identidad entre *forum* y *ius*, porque el Código admite la competencia judicial por sumisión de los interesados (art. 318). De ello resulta que el juez competente deberá aplicar el derecho –eventualmente extranjero– del país del domicilio conyugal.

Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos, o por causas no admitidas por su ley personal (art. 53). El derecho del juez que interviene en la causa determina las consecuencias judiciales de la demanda y los pronunciamientos de la sentencia respecto de los cónyuges y de los hijos (art. 55). La separación de cuerpos y el divorcio surten efectos civiles de acuerdo con la legislación del tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo el derecho que éstos tienen de no reconocer el divorcio otorgado por causas no admitidas por su ley personal.

4. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

803. La Ley N° 23.515 de reforma del CC (ley que obligaría a los cónyuges a divorciarse, según la curiosa apreciación de Boggiano), intro-

dujo el divorcio vincular en Argentina. Con anterioridad a su sanción no existían normas que indicaran el derecho aplicable a la disolución de los matrimonios. Siendo competentes los jueces argentinos, éstos debían aplicar necesariamente el derecho argentino que no admitía otra causal de disolución que la muerte. Por otra parte tampoco se reconocían sentencias de disolución dictadas por tribunales extranjeros si el último domicilio hubiera estado radicado en Argentina o si el matrimonio se hubiere celebrado en el país.

El actual derecho matrimonial argentino contiene –en el art. 164– una norma de conflicto que indica que "la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges". El criterio localizador escogido atiende presumiblemente a la causa del divorcio o al quebrantamiento objetivo del matrimonio que la ley supone localizados en ese lugar decisivo. El criterio parece adecuado tanto a la concepción del divorcio castigo como a la concepción del divorcio remedio (Boggiano).

También la norma de jurisdicción del art. 227 CC utiliza como contacto jurisdiccional al último domicilio conyugal, pero agrega "efectivo". Pese a que el art. 164 se limita a expresar último domicilio conyugal, en atención a las fuentes de la norma, doctrina y precedentes jurisprudenciales, no corresponde sin embargo establecer diferencia alguna en la definición del punto de conexión y del contacto jurisdiccional. Así, a la luz de la doctrina de la Corte Suprema, consagrada en los fallos *"Vlasov"*(*Fallos*, 246-87) y *"Jobke"*(*Fallos*, 291-540) última convivencia es la última e indiscutida convivencia efectiva.

El derecho del domicilio conyugal así calificado como lugar de la última e indiscutida convivencia efectiva, decide respecto de las causales admitidas y del procedimiento para obtener la disolución del matrimonio. La aplicación del derecho del último domicilio conyugal sólo podrá ser desplazada cuando manifiestamente contraríe los principios de orden público del derecho argentino (art. 14 CC).

804. En el derecho matrimonial argentino la separación personal y la disolución del matrimonio se obtienen mediante sentencia judicial que así lo decrete (art. 229 CC). De esta manera se descarta la posibilidad de otorgar efectos a pactos sobre separación o divorcio realizados

por los cónyuges con domicilio conyugal en Argentina. En opinión de Zanonni, la norma destaca el carácter jurisdiccional del divorcio, descartando por considerarlos extraños a nuestra tradición jurídica y social, el divorcio y la separación personal por mutuo consentimiento comunicado o solicitado por los cónyuges al Registro del Estado Civil, admitidos en varios países asiáticos, pero también en países más próximos como México y Cuba. Pero si el art. 229 descarta la posibilidad de otorgar efectos a estos pactos cuando el domicilio conyugal está localizado en Argentina, no necesariamente deberá predicarse la misma solución cuando el domicilio conyugal esté radicado en el extranjero. El derecho aplicable a la disolución es el del último domicilio conyugal, por tanto el único límite que puede oponer el derecho argentino deviene del juego del orden público y del resguardo de los principios de igualdad, libertad y acceso a la defensa.

De cualquier manera, aun cuando se considere que la intervención de la autoridad jurisdiccional es indispensable para modificar el estado de familia, la separación o disolución pactada puede producir efectos respecto de otras de las categorías de relaciones matrimoniales. De esta manera la admisibilidad de los pactos que hubieran podido acordarse en materia alimentaria, serán juzgados por la ley del domicilio conyugal (art. 162), y las disposiciones relativas al régimen económico suponen el juego de las normas del primer domicilio conyugal tanto como las del lugar de situación de los bienes en materia de carácter real (art. 163). El pacto de separación probablemente tampoco será suficiente para habilitar la posibilidad de convertir la separación extranjera en divorcio, conforme propone la última parte del art. 161 del CC. Sin embargo, cabrá revisar las causales admitidas por el derecho matrimonial argentino para advertir las posibilidades probatorias de este tipo de pactos en orden a justificar la fecha en que se produjo la separación sin voluntad de unirse.

805. El art. 227 CC expresa que las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado. Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 23.515, la norma del art. 104 de la derogada Ley N° 2393 establecía la jurisdicción exclusiva

de los jueces argentinos en causas de divorcio o separación de matrimonios con último domicilio conyugal en Argentina. Al desaparecer la prohibición del divorcio vincular ha desaparecido también la exclusividad del foro argentino. En el sistema actual la opción por el domicilio del demandado funciona aun cuando el último domicilio conyugal hubiera radicado en el país. Boggiano señala los inconvenientes del sistema, subrayando que el juez argentino que asumiese la jurisdicción sobre la base del domicilio del demandado en el país, deberá aplicar el derecho del último domicilio conyugal en el extranjero, aun cuando esta conexión con el caso resulte demasiado tenue en muchos casos.

Los mismos foros del último domicilio conyugal y del domicilio del demandado son también competentes para entender en acciones que versen sobre la nulidad del matrimonio. La razonabilidad de la localización resulta de la conexidad de las causas, ya que en los casos en que el juez deba decretar la separación o el divorcio de un matrimonio, se planteará la cuestión de su existencia.

806. El segundo párrafo del art.161 CC dispone que el matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el art. 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello, cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada. Según se desprende del texto de la norma, alguno de los cónyuges debe estar radicado en Argentina para que resulten competentes los jueces de este foro que aplicarán la norma material del art. 161 CC que permite convertir la sentencia de separación personal (obtenida en el foro del último domicilio conyugal) en sentencia de divorcio vincular.

807. El CC no contiene normas específicas respecto de las condiciones que deben reunir las sentencias extranjeras de separación o divorcio para su reconocimiento en el país. Por tanto rigen las normas generales sobre reconocimiento de eficacia a las sentencias extranjeras. La reglamentación de las condiciones que deben reunir las sentencias para su ejecución en el país, deberá revisarse en el marco de cada uno de los instru-

mentos internacionales suscriptos por Argentina y, en defecto de ellos, en las normas autónomas aplicables. En este último caso, la doctrina entiende que la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se solicita en el país debe emanar del foro del último domicilio conyugal o del domicilio del demandado (art. 227 CC), por bilateralización de la norma argentina de jurisdicción.

El juez extranjero de estos foros no necesariamente aplicará el derecho del último domicilio conyugal, sino que aplicará el derecho que le indiquen sus propias normas de DIPr. La sentencia no podrá ser desconocida en Argentina porque utilice otro criterio de conexión, porque el sistema argentino no exige que el criterio para determinar el derecho aplicable del país del juez requirente coincida con el propio (art. 517 CPCN). Sólo podrá denegarse eficacia a las sentencias que hayan sido dictadas en proceso que no ha dado al demandado la oportunidad de defenderse o cuando el contenido del decisorio resulta contrario al orden público argentino.

El fallo producido por la CSJN en el caso *"Zapata Timberlake, M.M.G. c/ Stehlin, C.J.F."*, de 3/11/1988, produce una revisión de la problemática matrimonial y particularmente de las cuestiones de reconocimiento y ejecución de sentencias en la materia. Puede verse además el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, en el mismo caso (28/12/1987).

B) Brasil

808. En Brasil, como vimos anteriormente, la ley del domicilio regirá las cuestiones relativas al derecho de familia, según señala el art. 7 LICC, pero con relación a la celebración del matrimonio se seguirán las reglas del lugar de su realización, en lo que respecta a la forma del acto. El matrimonio podrá ser invalidado o disuelto.

En el primer caso, cuando se trata de anulación, la ley aplicable será la del domicilio de los cónyuges o siendo distinto este domicilio, la ley del primer domicilio conyugal en los términos del párrafo tercero del art. 7, que contiene una regla especial al respecto. En lo que refiere a la disolución del matrimonio, lo primero que se debe hacer es verificar si el acto es válido. Brasil admite la disolución a través del divorcio desde

1977, cuando fue modificada la Constitución para admitir la disolución del vínculo conyugal. En los casos de divorcio, tres hipótesis se presentan como se verá a continuación.

La primera trata del matrimonio realizado en el exterior y disuelto en el exterior. En este caso, para producir efectos en Brasil, primero se registra el matrimonio, para que entonces, después de la homologación de la decisión de divorcio por el STF, pueda ser registrado en la transcripción del Registro Civil de las personas naturales competente.

Como segunda hipótesis tenemos el matrimonio realizado en Brasil y el divorcio realizado en el exterior, caso en que será necesaria la homologación de la decisión también en el STF. En este caso, ya existirá en registro competente y no será objeto de análisis por el STF ninguna cuestión relativa a la validez del acto, persistiendo, solamente, la necesidad de homologación.

Y la tercera hipótesis es la del matrimonio realizado en el exterior y la disolución operada en Brasil, en la que la validez del acto será analizada por el juez brasileño, pero el divorcio celebrado aquí, por nuestras leyes, directamente ante el juez competente. Es menester señalar que en esta hipótesis, el matrimonio extranjero deberá ser registrado en Brasil si hubiere brasileños, o, no habiendo, se procederá al análisis de la validez del acto según la regla *locus regit actum*. Para la realización del divorcio en Brasil, es preciso que uno de los cónyuges esté aquí domiciliado, entonces se seguirán las reglas de derecho brasileño.

809. El art. 7 LICC, contiene en su párrafo 6° la redacción introducida por la Ley de divorcio brasileña de 1977, que establece la necesidad de observancia del plazo previsto en la ley brasileña para la conversión de la separación judicial en divorcio, lo mismo en los casos de divorcio realizados en el exterior si uno o ambos cónyuges fuesen brasileños.

C) Paraguay

810. Si de acuerdo al art. 132 CC "(...) la capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración", también la determinación de la falta de capacidad, de formas y de validez, deben ser reguladas por la ley del lugar de celebra-

ción, salvo las disposiciones de orden público internacional. La ley aplicable a los efectos de la nulidad, por otra parte, será la del domicilio conyugal, como expresamente lo dispone el art. 166.

En cuanto a la jurisdicción competente, de acuerdo al artículo 178 del CC,

> "Corresponde al juez del domicilio conyugal conocer de la nulidad y sus efectos, si los esposos tienen domicilio en la República. Si el cónyuge demandado no lo tuviere en el país y el matrimonio se hubiere celebrado en él, la acción de nulidad podrá intentarse ante el juez del último domicilio matrimonial en la República".

D) Uruguay

811. El art. 2396 del CC establece que "la ley del domicilio matrimonial rige probablemente la separación de cuerpos y el divorcio". La conexión domicilio conyugal se interpreta, a partir de la Ley de derechos civiles de la mujer, N° 10.783 de 11/9/1946, como aquél fijado por los cónyuges de común acuerdo. Se ha considerado incluso que se produjo una "modificación implícita en el art. 2396 del Código Civil" (Alfonsín). A falta de domicilio común, cada cónyuge tiene domicilio propio. La interpretación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia es que no existiendo domicilio común, es aplicable al divorcio la ley del Estado del domicilio del actor. El fundamento de esta interpretación es que en Uruguay la disolubilidad del matrimonio mediante el divorcio es un principio fundamental de orden público internacional (JLC, Odriozola, 31/5/1961, Matteo, *LJU* c. 5585; JLC 7°, Pessano, 28/3/1966, confirmada TAC 2° Etcheverry-Méndez-Arboleya, Matteo, *LJU* c. 7030). Repugnaría a la conciencia jurídica nacional que una persona domiciliada en la República tuviera que permanecer ligada contra su voluntad a su cónyuge, a pesar de mediar las circunstancias previstas en el país como suficientes para disolver el vínculo matrimonial, sin poder en consecuencia formar un nuevo hogar, legitimar a sus hijos, etc. Además, es el orden jurídico del Estado a cuya sociedad pertenece el cónyuge que solicita el divorcio, el más interesado en solucionar su situación familiar. Hoy en día el art. 2 de la Convención interamericana sobre domicilio de las per-

sonas físicas en el DIPr de 1979 (CIDIP II, Montevideo), aun en los casos en que no resulta aplicable como norma vinculante, "permite con más propiedad llenar el vacío interpretativo con fundamentos de leyes análogas pertenecientes al mismo DIPr" (Matteo).

812. En virtud del art. 2401 CC, "son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones". Como consecuencia de lo dicho en materia de ley aplicable, son competentes los jueces del Estado donde los cónyuges tengan su domicilio matrimonial (TAC 1°, D'Angelo, Olmedo, Cabezas, N° 181/80, Arrighi, *RUDProc*, 1980, c. 610 y 611). Pero cuando éste no existe por estar los cónyuges domiciliados en Estados diferentes, será competente el juez del Estado donde se domicilie el actor, en virtud de los fundamentos ya expuestos (TAC 2°, Addiego, Silva Delgado, Schiaffino, 11/6/1979, Matteo, *ADCU*, X, y TAC 2°, Galagorri (D), Silva Delgado, Addiego, Catalurda, 31/8/1981, Matteo, *ADCU*, XII).

Si bien esta es la solución aceptada en general por la jurisprudencia y doctrina, existen opiniones a favor del criterio del domicilio del demandado (Terra Corbo, Castro Rivero), argumentando que es un principio general del derecho procesal, recogido en el DIPr autónomo y convencional (vista del fiscal Pagano de 7/12/1937, Matteo, *LJU* c. 1432). Así, el TF 1°, Monserrat, Battistella, Toscano, sent. de 30/6/1994 (Arrighi, *LJU* c. 12.742), estando el actor domiciliado en Uruguay y la demandada y los hijos menores del matrimonio en Brasil, consideró que debía entender en el divorcio el juez brasileño. El fundamento fue que dado que no existía domicilio conyugal, los arts. 2396 y 2401 CC eran insuficientes para resolver el caso. Dado que el art. 2396 determina que la misma ley regule las relaciones personales de los cónyuges, la separación de cuerpos, el divorcio y las relaciones de los padres con sus hijos, y que los tribunales brasileños habían ya fijado la pensión alimentaria a servirse a los menores y ante ellos se plantearía eventualmente la tenencia de aquellos, el Tribunal resolvió que correspondía que fueran los tribunales brasileños los que entendieran en el divorcio. Se argumentó que "en materia de familia es necesario que el mismo juez resuelva todas las contiendas relativas al núcleo familiar", y que "el juez uruguayo actuante se vería

además impedido de disponer aquellas medidas en cuanto a los menores que debe decretar en la audiencia preliminar", según el art. 350 CGP. El TAC 3°, Rodríguez de Vecchi, Etcheverría, Pessano, 21/10/1987, funda la competencia de los tribunales uruguayos porque además de ser en Uruguay el domicilio de la demandada, aquí radicó el último domicilio conyugal (Matteo, *LJU*, c. 11.128). El Dr. Moliga (JLC 2°, 28/3/1966, Matteo, *ADCU*, V), sostuvo en cambio que basta con que cualquiera de los cónyuges esté domiciliado en Uruguay para que pueda intentarse la acción de divorcio ante los jueces uruguayos. En el mismo sentido: JLC 3°, N° 736, 22/12/1975, Moliga (Arrighi, *ADCU*, VI, c. 406); TF 2°, Piatniza, Chediak, N° 55, 9/8/1993 (Arrighi, *ADCU*, XXIV, c. 473).

La competencia exclusiva de los tribunales patrios y la prohibición de la prórroga de jurisdicción internacional en materia de divorcio ha sido fundada en el propio art. 2396 CC (TAC 3°, Díaz Mintegui, Bordoni, Possi, 24/5/1950, Matteo, *LJU*, c. 3198). Podría agregarse como fundamento normativo el art. 2403 de la misma fuente. Es irrelevante que el matrimonio se haya celebrado en el extranjero (TAC. 1°, N° 21, 20/4/1977, Olmedo, García Otero, Maestro, Arrigui, *ADCU*, VIII, c. 268bis).

813. Si ninguno de los cónyuges se domicilia en Uruguay, no se aplica el derecho uruguayo ni son competentes los tribunales patrios, conforme a los arts. 2396 y 2401 CC (TF 2°, N° 206, 7/10/1991, Lombardi, Barnech, Allo, Arrighi, *ADCU*, XXII, c. 381).

814. En caso de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges (art. 187 CC), ambos cónyuges deben tener domicilio en el país, aunque fuera separado y no común. Si ninguno de los dos tiene domicilio en el país, los jueces uruguayos no son competentes, ya que las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en el Apéndice del CC "no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes" (art. 2403 CC). En los casos de divorcio por la sola voluntad de la mujer es competente el juez del domicilio de la mujer (arts. 2396, 187.3, 2401 CC y Ley N° 10.783; JLC 2°, D'Angelo, 15/6/1971, Matteo).

815. El procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera previsto en el art. 540 CGP corresponde sólo cuando la sentencia extranjera

de divorcio se pretenda hacer valer en un proceso judicial. Si se quiere hacer valer para celebrar un contrato o un nuevo matrimonio, es suficiente que el escribano público o el Registro de Estado Civil respectivamente controlen los requisitos que para el reconocimiento exige el art. 539 CGP. El procedimiento de exequátur previsto en el art. 541 CGP procede sólo cuando se trata de sentencias extranjeras de condena (TF 1°, N° 202, 13/10/1993, *Monserrat, Battistella de Salaverry, Toscano* Laguarda (discorde)). La discordia, compartiendo la opinión del Ministerio Público, argumenta que el art. 540 CGP no distingue entre presentación en juicio o fuera de éste, no debiendo el intérprete considerar el *espíritu del legislador por encima del texto legal* (Arrighi, *ADCU*, XXIV, c. 531). La opinión de la mayoría coincide con las conclusiones alcanzadas en la reunión de los Institutos de Derecho Procesal y de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (*RUDProc*, 1990/2), recogidas con posterioridad por el Decreto N° 454 de 26/11/1996.

Bibliografía complementaria

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr", *REDI*, XLV, 1993; pp. 7 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996; ARRIGHI, P., "Jurisprudencia uruguaya actual de derecho internacional privado. Derecho civil internacional", *RUDIP*, N° 2, 1997; BATIFFOL, H., *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott de la Universidad de Valladolid, 1968; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley*, Granada, Comares, 2000; CICHERO, N., "Prueba del matrimonio celebrado en el extranjero", *ED*, 60-497; ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1996; FASSI, C.S., "El matrimonio celebrado en el extranjero, su forma, prueba e inscripción según la ley argentina", *LL*, 27-718; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "Nuevos elementos del derecho internacional privado de la familia en Europa", en *Temas de Derecho internacional privado y de Derecho comunitario*, Montevideo, UCUDAL, 1997, pp. 69-88 (también en *Rev. Mex. DIPr*, núm. 2, 1997, pp. 95-110); GOLDSCHMIDT, W., "Jurisdicción y carga de la prueba en matrimonios internacionales", *ED*, 62-287; GUASTAVINO, E.P., "Juris-

dicción internacional en litigios matrimoniales", *JA*, 12-709; LAZCANO, C.A., "Régimen internacional de la prueba supletoria del matrimonio", *LL*, 84-493; MATTEO TERRA, V., *Jurisprudencia de derecho internacional privado*, Montevideo, Universidad de la República, 1993; NAJURIETA, M.S., "La Convención de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales y la reforma del derecho internacional privado de fuente interna", *LL*, 1984-D-1316; PALLARÉS, B.A.M., *Derecho internacional privado matrimonial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988; PEREIRA, S.G., "Algumas reflexos sobre a igualdade dos cônjuges", en TEIXEIRA, S. de F. (coord.), *Direitos de família e do menor*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993; PEREIRA, A.P., *A nova constituição e o direito de família*, Río de Janeiro, Renovar, 1991; PEREIRA, R. da C. (coord.), *Direito de família contemporâneo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997; TELLECHEA BERGMAN, E., "El Decreto 454/1996 del 26 de diciembre de 1996 y el control en el derecho uruguayo de las sentencias extranjeras constitutivas de estado civil invocadas fuera de juicio", *RUDF*, 12, 1997; VILLELA, A.M., *O divórcio no direito internacional privado*, Río de Janeiro, Forense, 1980.

Sección III
Aspectos patrimoniales de las situaciones esencialmente no patrimoniales

Capítulo 19

Efectos patrimoniales del matrimonio

Beatriz Pallarés

I. El *matrimonio y los efectos patrimoniales*

816. La celebración de un matrimonio válido produce consecuencias sobre las personas y los bienes de los cónyuges. La modificación del estado de los contrayentes provocará en el sistema jurídico en el que esa unión se inserte, la regulación de las relaciones de cada uno de los miembros –derechos y deberes– y de las posibles limitaciones a la capacidad que puedan resultar de la unión matrimonial, así como de los problemas que suscita el aspecto económico. Sin embargo, como quedó dicho en el capítulo anterior, la denominación del tema como "efectos del matrimonio", parecería resultar de una estructura matrimonial única que produce siempre los mismos efectos, cuando por el contrario la historia y el derecho comparado demuestran la variabilidad de los sistemas en las distintas épocas de la vida de cada pueblo.

Por ello en el DIPr el estudio de los efectos patrimoniales del matrimonio, debe partir de una noción amplia que no prejuzgue sobre la existencia de un concepto autónomo de régimen económico matrimonial ni una delimitación rígida del ámbito de aplicación de la ley designada para regir los problemas en cuestión (Pérez Vera). Pueden considerarse bajo la denominación de efecto patrimonial del matrimonio a aquellas incidencias que el hecho del matrimonio produce sobre el régimen de los bienes y obligaciones de los cónyuges (Pérez Vera). La noción no es clara ni puede considerarse universalmente aceptada: su caracterización en

gran medida a contraluz de los efectos personales y en tensión en aquellos aspectos en que ambos tienden a confundirse, resulta difícil en cada ordenamiento interno y encuentra escollos insalvables desde una perspectiva general de derecho comparado. En efecto, situado en la intersección de al menos tres categorías diferentes –el estatuto real, el estatuto personal y el régimen de las obligaciones– que, según los ordenamientos, inciden sobre él con distinta intensidad, el tema ofrece el aspecto de un auténtico "mosaico de legislaciones", que se prolongan en el ámbito del DIPr, tanto si atendemos a los puntos de conexión seleccionados como si nos fijamos en las notas, a veces contrapuestas –unidad frente a escisión, mutabilidad frente a inmutabilidad– que lo caracterizan.

817. El régimen patrimonial del matrimonio deberá contener normas sobre la propiedad de los bienes que se aportan a la sociedad conyugal y su destino después de la celebración del matrimonio, a quiénes pertenecen los bienes que se adquieren durante el matrimonio, su administración, su goce o disfrute, su disposición; la graduación de las responsabilidades por las cargas del hogar, las deudas comunes y las propias de cada cónyuge; cómo finaliza el régimen y el destino de los bienes luego de operada la liquidación. El derecho comparado demuestra la variabilidad de los sistemas que han adoptado los derechos nacionales y la evolución de esos sistemas en las distintas épocas de la vida de cada pueblo. Así cada sistema jurídico nacional en cada momento de su historia habrá de prefigurar una ordenación de los derechos y deberes de los esposos que corresponda al modelo matrimonial admitido en esa comunidad jurídica.

II. El derecho aplicable a los efectos patrimoniales

1. Localización

818. La localización del derecho aplicable al régimen patrimonial en el derecho internacional privado presentará un alto grado de complejidad.

La mayoría de las veces el caso matrimonial patrimonial se vinculará a varios ordenamientos jurídicos. Ello resulta de la misma complejidad del régimen matrimonial patrimonial que guarda estrecha relación con

problemas tan diferentes como las relaciones entre los esposos, con terceros y los sistemas sucesorios. Precisamente el hecho de que el régimen de los bienes en el matrimonio experimente la atracción de categorías jurídicas tan dispares como las personas, los bienes y los contratos, explica la diversidad de soluciones que los distintos sistemas jurídicos otorgan al problema del régimen de bienes del matrimonio (Carillo Salcedo).

Especialmente complejas resultarán las relaciones entre el régimen económico del matrimonio y el estatuto jurídico real de los bienes que quedan afectados por aquel régimen. El estatuto real rige la ley aplicable a las cosas consideradas *uti singuli,* determinando qué derechos pueden recaer sobre ellas y el modo en que éstos se perfeccionan. Por el contrario, la ley rectora del régimen matrimonial se refiere a las cosas consideradas *uti universitas,* esto es como parte de una masa o una unidad patrimonial. Las relaciones entre la cosa considerada en su estatuto singular y como integrante de un estatuto patrimonial, deben tomar en consideración que el estatuto real configura un límite a la eficacia del estatuto patrimonial del matrimonio. El derecho aplicable al régimen de bienes del matrimonio determinará los efectos del matrimonio sobre el régimen jurídico real de las cosas, en la medida que esos efectos no sean incompatibles desde el punto de vista del estatuto real (por ejemplo, si se pactara a favor de uno de los cónyuges la constitución de un derecho real por formas no admitidas por el derecho del lugar de situación, o sobre inmuebles sometidos a un régimen especial así como un régimen de colonización).

2. La elección de la ley aplicable al régimen matrimonial patrimonial

819. En el DIPr como en el derecho interno, la determinación del régimen de bienes entre esposos está presidido por una primera cuestión que refiere a la posibilidad de que los esposos –por contrato– adopten un régimen matrimonial determinado. En el derecho privado comparado se observa gran disparidad de criterios legislativos en orden al problema de "la libertad de estipulación" de los contrayentes. Puede ocurrir que la legislación conceda amplia libertad de establecer mediante convenio su estatuto económico, conforme a las características que ellos mismos quieran idear y consideren más conveniente sin necesidad de sujetarse a una "elección"

entre tipos legalmente establecidos; o permitir la elección del régimen aplicable a los bienes, limitada a los previstos por la ley o sólo limitada por la prohibición de adoptar regímenes determinados (Belluscio).

En algunos sistemas jurídicos, en los que el establecimiento del régimen de bienes se confía a la libre estipulación de las partes, se articulan normativamente unos acuerdos tipo que son susceptibles de elección o modificación; y se adoptan unos límites imperativos, destinados a proteger los intereses de la familia, los de los herederos forzosos y los de los terceros. En ausencia del ejercicio de la autonomía, cada sistema considera que los cónyuges se casan de acuerdo con las condiciones de uno u otro de estos regímenes. Pero en el derecho comparado no existe unanimidad en dos cosas muy importantes: en la determinación del modelo de régimen operativo en ausencia de capitulaciones, y en el establecimiento del contenido de cada uno de esos regímenes (Espinar Vicente).

Son distintos también los criterios de los derechos nacionales en lo que refiere a requisitos para la validez y eficacia del contrato matrimonial sobre bienes, y varían especialmente en lo que afecta a capacidad, forma y a la inmutabilidad de los contratos. Los sistemas jurídicos autónomos también ofrecen variedad de soluciones en lo que refiere a la admisibilidad de las convenciones matrimoniales, el contenido de las estipulaciones y la enumeración de los bienes que pueden ser objeto de las mismas.

820. En el DIPr, la localización del derecho aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges será también influida por el juego de la autonomía. Algunos sistemas nacionales impondrán el régimen jurídico aplicable, en tanto que en otros se posibilitará a los cónyuges la elección del derecho que regirá sus relaciones patrimoniales. Normalmente la elección se limita a una serie de posibilidades establecidas por el mismo derecho (por ejemplo, art. 3 de la Convención de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales).

Otros sistemas en fin, permiten a los cónyuges establecer materialmente el régimen jurídico a que quedarán sometidas sus relaciones patrimoniales, en contratos nupciales. Este tipo de normativa responde a una metodología particular del derecho internacional privado que, según la amplitud de la facultad de elegir el derecho aplicable que se confiera a los cónyuges, puede configurar:

– un mero mecanismo correctivo del método tradicional, si consiente la relocalización del caso, atribuyendo a los esposos la facultad de seleccionar entre ciertas "leyes" aquella a la que resultará sujeto el régimen patrimonial matrimonial, o

– como alternativa al método tradicional de conflicto. Así, cuando la potestad de elegir la ley aplicable no reconoce limitaciones. Este último método de coordinación, identificado como método de las "consideraciones materiales" *strictu sensu*, detenta a su vez dos modalidades diversas según la relevancia conferida, precisamente, a las consideraciones de "orden material" (por ejemplo, mejor conocimiento de los interesados del contenido de la ley designada o realización de un interés perseguido de manera autónoma por el legislador, así por ejemplo validez de un acto o de una relación jurídica determinada mediante la elección de puntos de conexión alternativos) (Radzyminski).

3. Mutabilidad o permanencia

821. El siguiente problema a considerar es el de la mutabilidad o permanencia del régimen, ya que los sistemas jurídicos no sólo ofrecen distintas soluciones en lo que refiere al alcance que se otorga a la autonomía de las partes, sino también en cuanto a la oportunidad en que ésta puede manifestarse.

Algunos sistemas de derecho privado prevén que la elección del régimen de bienes del matrimonio o el pacto de convenciones nupciales, sólo puede efectuarse antes de la celebración del matrimonio. Otros en cambio admiten con mayor o menor amplitud la celebración de contratos entre cónyuges, así como el cambio del régimen aplicable con posterioridad al matrimonio (por ejemplo, se podría pactar el cambio del régimen de comunidad de gananciales al de separación total).

822. La cuestión de la mutabilidad del régimen de bienes en el derecho privado se planteará con características propias en el DIPr. En esta perspectiva la cuestión de la mutabilidad alude a la posibilidad de cambiar la ley aplicable al régimen de bienes. Ese cambio puede operar por voluntad de los cónyuges o por decisión legal. En otros sistemas jurídi-

cos (como en el argentino) no se prevé la modificación de la ley aplicable al régimen de bienes, con ninguna de las dos técnicas enunciadas.

La Convención de La Haya de 1978 prevé la posibilidad del cambio de la ley aplicable por voluntad expresa de los cónyuges e incluso esa adaptación funciona automáticamente en algunos supuestos, salvo manifestación en contrario de los esposos. Así el art. 6 prevé que los esposos pueden en el curso de su matrimonio, someter su régimen patrimonial a una ley interna distinta de la que les era aplicable, pero sólo podrán designar la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los esposos al momento de esa designación. La mutabilidad automática está prevista en el artículo siguiente, y prevé dos supuestos: la desaparición de los elementos de extranjería y el transcurso del término de diez años. En este supuesto, la ley interna del Estado donde los cónyuges tengan residencia habitual por más de diez años, será la ley aplicable al régimen matrimonial, en defecto de manifestación de voluntad en contrario de los cónyuges.

III. Régimen económico matrimonial pactado

1. Las capitulaciones matrimoniales

823. La expresión tradicionalmente utilizada "capitulaciones matrimoniales" designa a aquellos negocios jurídicos de derecho de familia en los que los otorgantes estipulan su régimen económico matrimonial o algún extremo relativo al mismo. Por lo tanto, constituyen una manifestación de la voluntad negocial de los cónyuges (González Campos). Mediante estos pactos los cónyuges confeccionan un régimen específico sobre la titularidad de sus bienes, la administración de los mismos y la disolución de la eventual comunidad que instituyan, o bien simplemente incorporan como contenido de su voluntad uno de los regímenes previstos, con las modificaciones que deseen establecer.

2. Admisibilidad y alcances

824. En el ámbito del derecho interno la autonomía negocial de los cónyuges constituye una manifestación de la "autonomía material" que

permite en algunos sistemas jurídicos elegir alguno de los regímenes económicos distintos del legal (participación, separación de bienes) previstos. Pero fundamentalmente esa autonomía material hace posible que los cónyuges regulen el contenido concreto o las particulares cláusulas negociales que han de regular la economía del matrimonio, bien directamente, estableciendo el contenido de las capitulaciones, o bien indirectamente, mediante la técnica de incorporación por referencia (González Campos).

En el ámbito del DIPr, el problema inicial de las capitulaciones es el de determinar si las partes poseen "autonomía conflictual", es decir la facultad de designar el ordenamiento jurídico estatal que va a regir este negocio jurídico sobre los bienes de los cónyuges durante el matrimonio, ya que sólo admitida esta facultad podrán éstos estipular el régimen económico, en el ejercicio de la autonomía material reconocida por el ordenamiento designado. Es preciso entonces determinar qué ordenamiento es el que atribuye a las partes la facultad de realizar las capitulaciones y cuáles son los límites de esa facultad (González Campos).

El principio de libertad de pacto recepcionado en algunos regímenes puede permitir mayor o menor libertad de elección. Las partes en ejercicio de la autonomía conflictual tienen la posibilidad de elegir el derecho aplicable al régimen patrimonial. La recepción de la autonomía material permite en algunos sistemas que los cónyuges elaboren directamente las reglas a que se someterán sus relaciones patrimoniales. Cabe incluso imaginar supuestos en que se combine el ejercicio de la autonomía conflictual, la designación del ordenamiento que se entiende aplicable, con la autonomía material, pactando dentro de los límites del ordenamiento escogido como aplicable, determinadas cláusulas o eligiendo uno de los varios regímenes que tenga establecidos el ordenamiento escogido como aplicable (González Campos).

3. Capacidad

825. Con sobrada razón se ha dicho que intentar agrupar en torno a un concepto de calificación unívoca las cuestiones relativas a la capacidad de obrar, resulta prácticamente imposible. Cada institución jurídica

ha ido pergeñando los requisitos específicos que se exigen para que la persona pueda operar con efectividad jurídica en su ámbito de regulación concreto. Así puede decirse que dentro de esas coordenadas la ley personal se limita a darnos una pauta general que habrá de comprobarse en cada campo de actuación. Nos dará la posición de idoneidad general del individuo frente al derecho (mayor o menor de edad, emancipado o no, incapacitado o no). Hasta aquí el primer paso. A partir de allí y sobre la base de tal concreción, se necesitará, luego, determinar cuáles son los efectos que se derivan de esa definición genérica de la aptitud individual en cada instituto (Espinar Vicente).

En el DIPr, en primer lugar, habrá que tomar en cuenta la ley personal para determinar la capacidad general de obrar de los contrayentes. En segundo lugar, deberán concretarse los términos y alcances a la luz del ordenamiento susceptible de limitarla o expandirla. Finalmente habrá que estar a la ley que rige los efectos económicos del matrimonio para completar las especialidades que se exijan para la validez de los pactos y capitulaciones que se realicen (Radzyminski).

La complejidad de la cuestión y las dificultades que presenta su análisis resultan de que si bien la capacidad para el otorgamiento de capitulaciones resulta en su conjunto definida como un instrumento propio del derecho de familia, no puede omitirse la circunstancia de que la convención matrimonial, en sí, constituye un acto jurídico. Cabe entonces interrogarse acerca de la posibilidad de trasladar sin más la solución de conflicto en materia de capacidad para los actos jurídicos a este contexto. No parece razonable dejar de atender el derecho aplicable al régimen de bienes del matrimonio que contiene reglas más amplias o más estrictas para la capacidad sobre los actos capitulares que la ley personal. Si en último término aquel derecho es el que determinará la validez del régimen pactado, deberá también juzgar la capacidad de ambas partes para su otorgamiento (González Campos).

4. Forma

826. La validez formal de las convenciones matrimoniales, en tanto acto jurídico, se halla regida por la ley del lugar de su otorgamiento, con

la eventual consideración del carácter "facultativo" de la regla *locus regit actum* (Radzyminski). En esta materia, habrá de estarse a la norma que constituye la regla general en materia de actos jurídicos. Pero las exigencias de la seguridad jurídica en relación con las convenciones, por su eventual incidencia sobre los derechos de terceros, han determinado que en muchos ordenamientos estatales se requiera una forma solemne para este negocio jurídico y se condicione la validez de las capitulaciones al cumplimiento de la forma prescrita. En atención a ello, resulta que al igual que en el tema de la capacidad, no podrá sostenerse una opinión de carácter general. Deberá tenerse en cuenta el derecho aplicable al contenido de la capitulación. Y a este respecto deberá recordarse el juego de la *lex situs* como límite o condicionamiento de la aplicación del derecho aplicable al régimen de bienes, ya sea pactado o legal (González Campos).

827. Para la doctrina contemporánea el recaudo de la autenticidad conforma una exigencia que atañe a la forma de las convenciones matrimoniales. La ley aplicable a la forma de las convenciones matrimoniales será competente para precisar si las mismas deben otorgarse por escrito, si han de revestir carácter solemne y auténtico y –finalmente– cuáles son las condiciones necesarias para que un acto sea reputado auténtico.

5. Publicidad

828. El régimen de la publicidad de las capitulaciones queda estrechamente ligado a las exigencias de inscripción registral. En primer término cabe destacar que el instituto de la publicidad procura dotar de adecuada tutela a los terceros con los cuales uno o ambos esposos se vincularen legalmente. Por tanto, la falta de satisfacción de los requisitos de publicidad, no afectará la validez formal de la capitulación. La única consecuencia que acarrea generalmente la falta de publicidad es la inoponibilidad de los términos de la convención a terceros.

La publicidad de las convenciones matrimoniales persigue una doble finalidad: proteger el interés de los esposos en cuanto atañe a la oponibilidad de la capitulación a terceros y –a la inversa– resguardar los de-

rechos de los terceros con relación a una convención matrimonial cuyos términos son desconocidos. Se trata de normas de carácter "territorial", dirigidas a resguardar los intereses de los esposos y/o de los terceros domiciliados o residentes en el país cuya legislación impone el recaudo de la publicidad e insusceptibles, como principio, de aplicación más allá del territorio del Estado en el cual la publicidad es requerida como condición de oponibilidad de las convenciones matrimoniales a terceros. Se trata de una problemática ajena a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio y sometida a una solución de carácter "territorial", en los términos expuestos (Radzyminski).

6. Mutabilidad o inmutabilidad de las convenciones matrimoniales

829. La cuestión relativa a la determinación del momento en que pueden otorgarse las convenciones (sólo antes o también después de la celebración del matrimonio) y a la posibilidad de modificarlas después de contraído éste, ha conocido distintas respuestas en el derecho comparado. La diversidad jurídica existente en la materia, con la consiguiente frecuencia de conflictos de leyes, y la importancia de los intereses en juego, contribuyen a subrayar la importancia de la determinación del derecho competente (Aguilar Benítez de Lugo).

En la calificación de esta cuestión y en la determinación de la ley aplicable se distinguen varias tendencias doctrinales y jurisprudenciales. Según una doctrina admitida en sentencias de tribunales franceses, se declara que la regla jurídica interna de inmutabilidad posterior al matrimonio afecta a la forma del contrato o capitulación matrimonial, por lo que procedería aplicar la regla *locus regit actum*. De esta manera la cuestión sería resuelta conforme a la ley vigente donde el contrato se otorga. La solución es criticada señalando la confusión entre reglas de fondo y reglas de procedimiento. La doctrina que califica la regla de la inmutabilidad como cuestión de fondo se escinde entre quienes la han considerado materia de capacidad, independiente del régimen matrimonial y regida por la ley personal y quienes han entendido que la regla de la inmutabilidad no sólo se ha establecido contemplando los intereses particulares recíprocos de los esposos, sino también con la idea de proteger los derechos

de terceros. Por tanto, estas disposiciones asumen un carácter marcadamente imperativo y de orden público. La caracterización de la cuestión como de orden público resultará influida por las características de la legislación interna. Así, no corresponderá en aquellas legislaciones que, previendo la mutabilidad de las convenciones, establecen garantías de publicidad. En cambio podrá sostenerse en aquellos países donde esos sistemas de publicidad no están organizados y la prohibición interna de novación u otorgamiento *a posteriori* de capitulaciones matrimoniales resulta la única garantía de los derechos de terceros.

La doctrina internacionalista parece unificarse en torno a la afirmación de que es la ley rectora del régimen matrimonial la que decide acerca de la mutabilidad o inmutabilidad del régimen pactado. La Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, admite la mutabilidad del derecho aplicable al régimen patrimonial, disponiendo que los efectos regirán para el futuro (art. 8). Para prevenir las dificultades que puede acarrear la aplicación del sistema faculta a los esposos a someter convencionalmente –en cualquier momento– la totalidad de los bienes al nuevo derecho aplicable. Pero conforme a la última parte del mismo artículo 8, la modificación retroactiva del derecho que regula las relaciones patrimoniales, no puede afectar los derechos de terceros.

7. Caducidad

830. Una convención matrimonial pactada antes de la unión es por definición un acuerdo de carácter condicional, en la medida que su eficacia depende de la celebración de las nupcias. Ahora bien, el derecho aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio puede prever un plazo, a partir de la celebración de la convención, dentro del cual el matrimonio deba concretarse bajo sanción de caducidad de aquélla. Para precisar el derecho aplicable a la cuestión será necesario previamente determinar la "calificación" de la caducidad.

Pueden plantearse dos hipótesis diferentes. En primer lugar, puede suceder que el matrimonio se celebre mucho tiempo después de la celebración de la convención. En ese supuesto habrá que determinar cuál

es la ley "competente" para precisar si los términos acordados por los esposos en aquella convención están aún provistos de vigor normativo entre ambos o si, por el contrario, los mismos han perdido eficacia vinculante. Esta cuestión debe juzgarse a la luz de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, pues a ella compete determinar en qué supuestos y con qué alcance una convención matrimonial es apta para gobernar las relaciones patrimoniales entre los esposos (Radzyminski).

En otra hipótesis puede plantearse la existencia de un acuerdo relativo a los bienes, realizado por personas que nunca llegaron a casarse. Aquí, a diferencia del caso anterior, debe descartarse la "competencia" de la ley aplicable a los efectos del matrimonio. No habiéndose celebrado el matrimonio no podrá recurrirse a la aplicación de la ley rectora de sus efectos. Cabría la posibilidad de resolver este tipo de cuestiones acudiendo a la *lex fori* (Radzyminski).

IV. Contratos entre cónyuges

831. Los contratos entre esposos deben ser regidos por el derecho que rige los efectos del matrimonio, porque son reglas especiales dictadas teniendo en cuenta la existencia de un lazo matrimonial (ej.: prohibición de venta, revocabilidad de donaciones), en tanto que otros aspectos del contrato son sometidos como en el derecho privado a la autonomía de las partes (Mayer).

La contratación entre esposos presentará problemas de notoria complejidad en orden a la determinación del régimen aplicable, porque no será posible inferir que necesariamente la ley aplicable al contrato será asimismo "competente" para apreciar si los cónyuges se encuentran dotados de capacidad para celebrar entre sí contratos o, al menos, ciertos tipos de contratos.

Debe tenerse en cuenta en primer término que la legislación puede imponer limitaciones a los cónyuges para celebrar cierto tipo de contratos y que tales normas exceden decididamente el ámbito de aplicación de la *lex contractus* ya que las mismas se dirigen a regular un aspecto de derecho matrimonial vinculado al contrato.

832. De aceptarse que la cuestión no queda captada por la *lex contractus*, resta determinar si las eventuales restricciones de los consortes para celebrar contratos entre sí son "calificadas" como un efecto personal o patrimonial del matrimonio. El resultado al cual se arribe permitirá determinar si la cuestión será regida por la ley reputada aplicable por la norma de conflicto correspondiente a uno u otro tipo de efectos. Si se repara que las limitaciones responden a la exigencia de evitar la introducción de un elemento de poder disolvente entre los consortes, a preservar el espíritu entre el marido y la mujer –que supuestamente difiere del ánimo entre contratantes– y a proscribir el posible abuso de un cónyuge sobre el otro, es manifiesto que aquéllas deberán ser "calificadas" como un efecto personal del matrimonio. En sentido contrario se podrá argumentar que las restricciones a la aptitud negocial de los esposos atienden al imperativo de conservar la "integridad" del régimen de bienes al cual se hallan sometidos, con la consecuente "calificación" de las mismas como un efecto patrimonial del matrimonio (Radzyminski).

V. Reglamentación de los efectos patrimoniales del matrimonio

1. Dimensión convencional universal: Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (1978)

833. Esta Convención (que no alcanzó a entrar en vigor) tiene, no obstante, mucha importancia porque contempla la posibilidad de designar el derecho aplicable con anterioridad a la celebración del matrimonio. A falta de esa designación se aplicará la ley nacional común de los esposos, en los siguientes casos:

> "1. Cuando la declaración prevista por el artículo 5 haya sido hecha por este Estado y no se excluya sus efectos por el párrafo 2 de dicho artículo;
> 2. Cuando este Estado no sea parte en el convenio, si su ley interna es aplicable según su derecho internacional privado y los esposos establecen la primera residencia habitual después del matrimonio:
> a) en un Estado que haya hecho la declaración prevista por el artículo 5, o

b) en un Estado que no sea parte en el convenio y cuyo derecho internacional privado igualmente prescriba la aplicación de su ley nacional;

3. Cuando los esposos no establezcan sobre el territorio del mismo Estado su primera residencia habitual después del matrimonio" (art. 4).

En este último caso la ausencia de residencia habitual común permite el funcionamiento de la conexión subsidiaria; nacionalidad. El citado art. 5 prevé que todo Estado signatario podrá declarar aplicable su ley a los esposos cuando ambos sean sus nacionales.

Respondiendo a la preocupación de los Estados que no admiten la ley nacional y que por tanto se resisten a permitir la sumisión al derecho extranjero del régimen matrimonial de esposos establecidos en su territorio durante cierto tiempo, el art. 5.2 dispone:

> "(...) esta declaración no tendrá efectos para los esposos cuando ambos conserven su residencia habitual, al menos durante cinco años, salvo si este Estado es un Estado contratante que haya hecho la declaración prevista por el párrafo 1 del presente artículo, o un Estado no parte de un convenio y cuyo derecho internacional privado prescriba la aplicación de la ley nacional".

Si los esposos no han designado la ley aplicable a su régimen matrimonial antes de casarse, y en defecto de residencia habitual común y de nacionalidad común, el convenio atribuye competencia a la "ley interna del Estado con el que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos".

2. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

834. El TMDCI (1889), en el art. 40, dispone que:

> "Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que

adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación".

Esta disposición no indica cuál es el derecho que debe regir fondo y forma de las capitulaciones. Si se tiene en cuenta que las capitulaciones constituyen un contrato, como no es posible averiguar dónde hay que cumplirlo, habríamos de aplicar el derecho de los domicilios de los contrayentes (arts. 32 y 34 último supuesto); pero cabría también someter las capitulaciones al mismo derecho que rige el régimen de bienes en defecto de capitulaciones (art. 41) (Goldschmidt). Estas dificultades han conducido a sostener que el art. 40 sólo tiene el valor de una cláusula especial de orden público, que obliga a los países participantes a admitir la licitud de las capitulaciones en general (Goldschmidt). Sin embargo se ha dicho también que en apariencia el Tratado se inspira en una concepción "voluntarista" del régimen patrimonial del matrimonio, conteste con la calificación "contractualista" de las capitulaciones. Luego, como cualquier contrato, la ley aplicable al mismo habrá de ponderar su validez y efectos. Como la determinación del "lugar de cumplimiento" de este tipo de acuerdos es muy dificultosa, cuando no fácticamente imposible, se ha debido apelar a un criterio de conexión diferenciado. Así se ha sostenido que el "contrato" por el cual los consortes reglamentan sus intereses patrimoniales se halla gobernado por la ley que aquéllos hubieren escogido. Se trata de una elección "conflictual" que en nada se relaciona con el domicilio conyugal acordado por los contrayentes antes de la celebración de las nupcias (Radzyminski). En defecto de elección, operan los restantes puntos de conexión: domicilio conyugal fijado de común acuerdo (art. 41) o domicilio del marido al tiempo de contraerse el enlace (art. 42).

835. También ha suscitado distintas opiniones la función localizadora del punto de conexión contemplado en el art. 41 TMDCI (1889): el "domicilio que (los cónyuges) hubieren fijado de común acuerdo". Para un sector de la doctrina, el domicilio acordado se corresponde con el domicilio "que tiene constituido el matrimonio" (art. 8). O sea que el domicilio fijado de común acuerdo no puede detentar la entidad de operar como un modo encubierto para la selección por los cónyuges de la ley

aplicable, sino que exige una correspondencia entre el lugar indicado por los interesados y aquél en el cual efectivamente se emplazará el domicilio conyugal una vez celebradas las nupcias (Radzyminski).

Desde otra posición en cambio se expresa que conforme al art. 41, el régimen de bienes se rige por el derecho del domicilio conyugal establecido antes de la celebración del matrimonio, aunque luego el matrimonio tuviere un domicilio diferente. Se sostiene que ello resultaba de una interpretación teleológica del precepto (Goldschmidt). En el mismo sentido se ha dicho que, constando el acuerdo sobre la elección de domicilio conyugal, hay que aplicar el derecho del lugar en que se hubiere acordado establecer aquel domicilio. Tal acuerdo resulta un verdadero negocio jurídico celebrado por los futuros cónyuges, antes del matrimonio, que obra la selección del derecho aplicable a los bienes suyos y a los que posteriormente adquieran en el matrimonio. Se entiende que aquella elección del derecho aplicable por las partes, no fue prohibida por el protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 (Goldschmidt, Boggiano). De la interpretación expuesta se desprende que el derecho elegido de común acuerdo resulta igualmente aplicable aun si, celebrado el matrimonio, los cónyuges no establecen efectiva convivencia en el sitio que habían elegido para constituirla (Goldschmidt, Boggiano).

836. En los arts. 41 a 43 del TMDCI (1889) se encuentra la regulación prevista para supuestos de ausencia de capitulaciones. En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio. Ello es así porque los autores del Tratado suponen que antes del matrimonio todavía los futuros cónyuges se hallan en pie de real equiparación (Goldschmidt).

La forma de la estipulación del domicilio habrá de regirse por el derecho del lugar de la estipulación. Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al momento de la celebración del matrimonio. Este es un domicilio conocido a la futura esposa al celebrar el matrimonio, de suerte tal que sabe de antemano a qué atenerse durante el matrimonio.

El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio. El principio de la inalterabilidad del derecho referente al régimen intenta asegurar a la mujer contra cambios fraudulentos del domicilio conyugal realizados por el marido (Goldschmidt). El principio de la unidad de régimen del domicilio conyugal es sin embargo destruido por la aplicación de las prohibiciones de la *lex situs* (arts. 40 y 41). La amplitud de la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes destruye las pretensiones de unidad del régimen convencional.

837. Con relación al ámbito espacial del TMDCI (1940) trae cambios importantes en lo que refiere a la determinación del derecho aplicable al régimen de bienes, pactado y legal. Somete las capitulaciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes, al derecho del primer domicilio conyugal, en todo lo que sobre materia de estricto carácter real no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes (art. 16). El Tratado no ha aceptado para las capitulaciones matrimoniales el estatuto del contrato que no resultaba adecuado, aunque sólo fuese por una eventual duplicidad de los domicilios de los futuros cónyuges en el momento de la celebración de las capitulaciones; y las ha sometido al derecho que rige el régimen de bienes en general. Este derecho es el del primer domicilio conyugal (art. 16) y ese derecho queda inalterable por un cambio de domicilio de los cónyuges (art. 17). Por otra parte la aplicación de la *lex situs* ha sido restringida a las cuestiones de carácter real, preservando de este modo la pretensión de unicidad del régimen aplicable al régimen de bienes.

B) Código Bustamante

838. La reglamentación de los efectos patrimoniales del matrimonio ha sido escindida del Capítulo IV "Del matrimonio", del Título II "De las personas". En el título IV del Código, el Capítulo 3 trata "Del contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio". Este contrato se rige por la ley personal de los contrayentes y en su defecto por la del primer domicilio matrimonial. Las propias leyes determinan el régimen legal supletorio a falta de estipulación (art. 187).

Es de orden público matrimonial el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, o que se altere el régimen de bienes, por cambio de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo (art. 188). Tienen ese mismo carácter los preceptos que se refieran al mantenimiento de las leyes y de las buenas costumbres, a los efectos de las capitulaciones respecto de terceros y a su forma solemne (art. 189).

La voluntad de las partes regula el derecho aplicable a las donaciones por razón del matrimonio, excepto en lo referente a su capacidad, a la salvaguardia de derechos legitimarios y a la nulidad mientras el matrimonio subsista, todo lo cual se subordina a la ley general que lo rige, siempre que no afecte el orden público internacional (art. 190).

Las disposiciones sobre dote y parafernales dependen de la ley personal de la mujer (art. 191). Es de orden público internacional la regla que repudia la inalienabilidad de la dote (art. 192) como también lo es la prohibición de renunciar a la sociedad de gananciales durante el matrimonio.

3. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

A) Argentina

839. El art. 163 CC, reformado por la Ley N° 23.515, modificó substancialmente el régimen de la derogada Ley N° 2393 que escindía el derecho aplicable a los bienes del matrimonio según se tratara de bienes muebles o inmuebles, imponiendo en este último caso la aplicación de la *lex situs* (arts. 5 y 6). En la normativa vigente:

> "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

La definición del punto de conexión escogido deberá construirse en consonancia con lo dispuesto por el art. 162. Ello nos conduce a la noción de primer lugar de radicación efectiva del domicilio conyugal.

Con la recepción de los principios de unidad y permanencia, los bienes muebles e inmuebles son regidos por el derecho del primer domicilio conyugal, sin que la variación de éste incida en la determinación del derecho aplicable a los bienes adquiridos antes o después del cambio, y ya sea que exista o no contrato nupcial. Además se ha restringido el imperio de la *lex situs* a las materias de estricto carácter real.

840. El régimen adoptado por la reforma al Código Civil argentino se caracteriza por la exclusión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, debiendo atenderse además a las perturbaciones que puede provocar la aplicación extensiva de la *lex situs*. En el derecho privado argentino se impone imperativamente un régimen legal único. Paralelamente en el DIPr también está vedado el recurso a la autonomía en la elección de la ley aplicable al régimen de bienes, que ya sea legal o pactado resulta sometido –con carácter imperativo y permanente– al derecho del primer domicilio conyugal.

La necesidad de tomar en consideración el régimen legal vigente en el país de radicación de los bienes, es reconocida con distintos alcances en ambos tratados y también en el art. 163 CC. La necesidad de armonización de las soluciones fundadas en distintos sistemas jurídicos resulta acorde con el principio de efectividad. Ello conduce a admitir la razonabilidad de la recepción legislativa de los límites que –en materias de estricto carácter real– provienen de la ley del lugar de ubicación de los bienes.

841. Tanto el régimen convencional como legal de bienes del matrimonio resulta excepcionado por la *lex rei sitae* en materias de estricto carácter real. Este límite señalado en el art. 163 del CC marca la línea interpretativa que debe conducir a la armonización de esta norma con la del art. 10 del mismo Código, que dispone:

> "(...) los bienes raíces situados en la República, son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes para adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar estos actos. El título, por lo tanto a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

Es razonable y necesario que la determinación de los derechos reales que pueden constituirse sobre un bien sea regulada por una única ley, y que esa misma ley decida si el derecho invocado es real o no, si pueden existir más derechos reales de los que la ley enumera, etcétera. De ello resulta la unidad y coherencia del régimen aplicable a las cosas. Por ello es que la doctrina internacionalista sostiene que la *lex situs* debe regir: la calificación de las cosas y su inclusión en las distintas categorías, el régimen de creación de derechos reales, la forma, modo, título de constitución de los derechos reales, facultades que involucra cada derecho real y el régimen de trasmisibilidad. Sin embargo, la interpretación literal del art. 10 puede conducir a soluciones que destrozan el régimen del art. 163. De esto resulta la conveniencia de considerar la incidencia de ambas normas sobre los aspectos particulares del régimen.

842. La última parte del art. 163 consagra el principio de permanencia del régimen. La consagración de la regla de la inmutabilidad absoluta de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio agrava la rigidez del régimen de bienes del DIPr. De ella resulta la sujeción de las relaciones matrimoniales patrimoniales al derecho del primer domicilio conyugal, aun cuando los cónyuges hubiesen abandonado su domicilio para fijarlo en otro país. La adopción del "derecho del primer domicilio conyugal" con carácter inmutable merece sin duda numerosas objeciones. Por una parte, produce el destrozo del sistema domiciliar del art. 162, con la consecuencia que los efectos personales del matrimonio van a resultar regidos por una ley y los patrimoniales por otra.

El 163 reproduce las soluciones adoptadas en los arts. 43 y 17 de los TM de 1889 y 1940, ignorando en cambio las soluciones contemporáneas que han mitigado sensiblemente el dogma de la inmutabilidad (como la Convención de La Haya de 1978) y la tendencia a someter al mismo derecho la reglamentación de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio. Cabe señalar que tanto la inmutabilidad total como la mutabilidad automática pueden conducir a soluciones injustas y sorpresivas para los cónyuges. La permanencia absoluta bajo el imperio del mismo régimen –convencional o legal– puede carecer de sentido cuando el matrimonio ha desplazado su domicilio conyugal y ha trasladado todos sus bienes a la nueva residencia habitual. En hipótesis semejantes se debilita o puede lle-

gar a desaparecer todo lazo razonable entre el derecho aplicable y la relación jurídica. Los efectos negativos de la permanencia o de la inmutabilidad hubieran podido ser contrarrestados por el juego de la autonomía de la voluntad pero, como queda dicho, el 163 del CC no ha dejado resquicio alguno en su determinación inmutable del derecho aplicable. No hay siquiera una previsión legislativa que permita a los cónyuges adaptar el régimen patrimonial al derecho del nuevo domicilio constituido.

La retrospectividad del derecho aplicable históricamente (art. 16 del TMDCI de 1940) se ha justificado con el fin de proteger al cónyuge abandonado o afectado por un cambio de domicilio abusivo o fraudulento del otro cónyuge, que intenta someter el régimen de bienes a otro derecho que él elige mediante el cambio de domicilio (Boggiano, Goldschmidt). Sin embargo, parece inadecuado establecer una norma para casos anormales, pues de ordinario los matrimonios que cambian de domicilio conyugal lo hacen de buen acuerdo y sin expectativas de fraude.

843. La adopción del "primer domicilio conyugal" como punto de conexión, con miras a la determinación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, ha suscitado reparos en la doctrina iusprivatista. Por una parte, y como ya se ha dicho, la elección formulada por el legislador debilita notoriamente la homogeneidad del sistema de conflicto argentino, al someter los efectos "personales" (art. 162 CC) y los efectos "patrimoniales" del matrimonio a leyes diferentes. Por otra parte, como ya se ha señalado, la localización del derecho aplicable al régimen de bienes en el derecho del primer domicilio conyugal puede perder la razonabilidad inicial por el mero transcurso del tiempo. El cambio de domicilio de los cónyuges por un tiempo prolongado debilita los lazos con el punto de conexión escogido para determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, que puede carecer de toda vinculación actual y efectiva con el "centro de los intereses patrimoniales" de los cónyuges.

La excesiva rigidez de la solución impuesta por el art. 163 CC, resulta agravada por cuanto el sistema de conflicto argentino no consagra, al menos explícitamente, la operatividad de "cláusulas de excepción" o de principios que permitan en causas internacionales desplazar la aplicación de la ley del primer domicilio conyugal para permitir la aplicación

de la ley que posea la vinculación más estrecha con el caso. Con la localización efectuada de manera rígida en el art. 163, resultará que la ley argentina del primer domicilio conyugal debería ser aplicada a causas que han perdido todo contacto con Argentina y que, por el contrario, no será aplicado en causas en que los matrimonios han estado localizados en el país por largo tiempo, sólo porque un remoto (en el tiempo) primer domicilio conyugal estuvo radicado en el extranjero.

844. Analizados los criterios de conexión utilizados por las normas de conflicto de origen convencional e interno relativas al régimen patrimonial del matrimonio del sistema de conflicto argentino, cabe a continuación examinar el ámbito de aplicación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio. El matrimonio produce efectos personales, estrictamente considerados, pero también produce efectos de contenido económico que no necesariamente van a ser insertados en el régimen de bienes del matrimonio, ya sea éste pactado o legal. Corresponderá entonces precisar cuáles son las materias que –comprendidas en el régimen patrimonial del matrimonio– serán regidas por el derecho del primer domicilio conyugal y cuáles efectos de contenido económico, que produce el matrimonio, son ajenos a este régimen.

La ley aplicable al régimen matrimonial es "competente" para precisar a partir de cuándo comienzan a desencadenarse los efectos patrimoniales del matrimonio, las implicancias de las nupcias sobre la composición del patrimonio de cada consorte, la caracterización de los bienes que ingresan al patrimonio de los cónyuges, la eventual conformación de una "comunidad" de bienes y la calidad de cada bien considerado individualmente, las facultades de los esposos respecto de los bienes propios y comunes –tanto en cuanto concierne a su administración como a su disposición– y los principios que gobiernan la responsabilidad de los esposos entre sí y frente a terceros. El régimen patrimonial del matrimonio comprenderá su funcionamiento, disolución, liquidación y partición. Luego, competerá a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio regular cada uno de dichos aspectos.

845. La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, derecho del primer domicilio conyugal, determinará si los esposos pueden

celebrar convenciones matrimoniales, así como la oportunidad y alcance de éstas. Es en el derecho del primer domicilio conyugal donde deben buscarse las soluciones en lo que refiere a administración y reparto de los bienes que integran el patrimonio conyugal, con las limitaciones que marcará la *lex situs*. En ese marco corresponde analizar las prescripciones de los arts. 1217 y 1218 CC, según los cuales las convenciones realizadas antes del matrimonio sólo pueden tener por objeto la designación de los bienes que cada uno de los contrayentes lleva al matrimonio y las donaciones que el esposo hiciera a la esposa; y que toda otra convención entre esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales es de ningún valor. Estas son disposiciones de derecho privado, sin que quepa confundirlas con normas de DIPr atento la ausencia de elementos de extranjería en los supuestos de hecho descriptos (Boggiano, Goldschmidt). Cabe señalar que si el régimen de bienes del matrimonio es íntegramente sometido al derecho vigente en el derecho del primer domicilio conyugal, en el país deberán reconocerse las estipulaciones otorgadas conforme a ese régimen, aun cuando no respeten la limitación temática del art. 1217 o refieran a "cualquier otro objeto" que los mencionados en el art. 1218 CC.

En el DIPr, en primer lugar, habrá que tomar en cuenta la ley personal para determinar la capacidad general de obrar de los contrayentes. En segundo lugar, deberán concretarse los términos y alcance a la luz del ordenamiento susceptible de limitarla o expandirla. Finalmente habrá que estar a la ley que rige los efectos económicos del matrimonio para completar las especialidades que se exijan para la validez de los pactos y capitulaciones que se realicen. En esta inteligencia sería posible integrar el funcionamiento del estatuto domiciliar de los arts. 6, 7 y 948 CC con el juego del régimen del primer domicilio conyugal.

En lo atinente a la forma de las convenciones, ni el art. 163 CC ni el art. 16 del TMDCI de 1940 distinguen los aspectos formales de los que refieren a la validez intrínseca, al someter las convenciones nupciales al derecho del primer domicilio conyugal. La norma de conflicto convencional y la de fuente interna vinculan la forma a la ley aplicable al fondo del acto. Por una parte ha de considerarse la aplicación de la regla *locus regit actum*, consagrada con carácter facultativo en los arts. 12 y 950

CC, para regir la cuestión de la validez formal de las convenciones nupciales. Pero en el derecho argentino las solemnidades establecidas en el derecho del primer domicilio conyugal deberán ser respetadas, por cuanto ese derecho desplazaba la aplicación de la *locus regit actum* o de cualquier otro derecho que las partes pudieran escoger. El carácter "facultativo" de la regla *locus regit actum* ha permitido afirmar a algunos autores, en consonancia con la orientación plasmada expresamente en diversos sistemas de colisión contemporáneos, que la validez formal de las capitulaciones, en definitiva, se rige alternativamente por la ley del lugar en que fueron celebradas o por la ley aplicable a la substancia de las mismas (Radzyminski).

El tema de la publicidad del régimen se ha planteado incluso con anterioridad a la reforma del CC operada por la Ley N° 23.515, generando distintas propuestas tendentes al otorgamiento de publicidad. Así se ha propuesto que las convenciones matrimoniales se presentaran al Oficial de Registro Civil al momento de la celebración del matrimonio en la República y fueran objeto de anotación al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro de Regímenes Matrimoniales. Para supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, las convenciones matrimoniales se deberían inscribir en el Registro de Regímenes Matrimoniales, así como todas las modificaciones posteriores (Najurieta). Se ha propuesto además que una eventual reforma contemple los mecanismos de acreditación, ante el Registro de la Propiedad.

846. Se presentan, asimismo, diferentes cuestiones cuya sumisión al derecho aplicable al régimen de bienes será necesario determinar. La reglamentación de las facultades de los esposos con relación a la administración y enajenación de los bienes propios y gananciales se comprenden dentro del ámbito de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio. Un supuesto que requiere consideración especial es planteado por el art. 1277 CC que exige la concurrencia del consentimiento de ambos consortes para enajenar o gravar bienes gananciales registrales y para disponer del inmueble propio una vez extinguido el régimen patrimonial del matrimonio, si en aquél radicare el hogar conyugal y existen hijos menores o incapaces. El 1277 del CC se aplica siempre y cuando se aplique el derecho argentino en virtud del art. 163, de lo que resulta

la categorización de la cuestión en el estatuto patrimonial y no personal (Boggiano).

El art. 163 ha restringido el ámbito de aplicación del artículo 10 al de las materias de estricto carácter real, y el asentimiento del cónyuge para la disposición de los bienes a que alude el art. 1277 no reviste tal carácter en el derecho argentino (Guastavino), tratándose de una materia que atañe a la validez y eficacia del título mediante el cual se dispone (Boggiano). Se ha observado, sin embargo, que la calificación del instituto del asentimiento conyugal como de un efecto del matrimonio de orden patrimonial no resulta susceptible de una respuesta única. Por una parte, en el supuesto de enajenación o constitución de gravamen sobre bienes gananciales a excepción de la disposición del inmueble en el cual se emplaza el hogar conyugal y hubiere hijos menores o incapaces, el asentimiento conyugal se inscribirá en el ámbito de aplicación del derecho aplicable al régimen de bienes. En cambio si se trata de la enajenación del inmueble ganancial –durante la vigencia del régimen patrimonial del matrimonio– o del inmueble propio ya disuelto el mismo y toda vez que en ambos supuestos se hallare radicado el hogar conyugal y existieren hijos menores o incapaces, la exigencia de recabar el consentimiento del cónyuge restante no conforma una materia que pueda válidamente caracterizarse como efecto patrimonial del matrimonio. En estas hipótesis el requisito del asentimiento comporta una medida destinada a la protección del grupo familiar y que en consecuencia debiera calificarse como perteneciente a la categoría de efectos personales del matrimonio (Radzyminski).

847. Los contratos entre esposos presentarán problemas de notoria complejidad en orden a la determinación del régimen aplicable. La legislación argentina impone limitaciones a los cónyuges para celebrar cierto tipo de contratos y tales normas exceden decididamente el ámbito de aplicación de la *lex contractus* ya que las mismas se dirigen a regular un aspecto de derecho matrimonial vinculado al contrato. Aceptando que la cuestión no queda regida por *la lex contractus* se debe aún determinar si esas restricciones son consideradas como efecto personal o patrimonial del matrimonio. Si bien ambos tipos de efectos del matrimonio quedan sometidos al imperio del derecho del domicilio conyugal, la de-

terminación temporal de dichos punto de conexión operada por el art. 163, introduce mayor complejidad en el tema.

848. El régimen de "bien de familia", instaurado a partir de la Ley N° 14.394 (art. 34 ss.), posee la particularidad de operar independientemente del régimen patrimonial del matrimonio. En efecto, su finalidad consiste en preservar el inmueble que conforma el hogar familiar de toda contingencia de orden económico que pudiera afectar al consorte propietario del mismo y más aún, de cualquier acto de disposición sobre aquél. Luego, la facultad de afectar un inmueble como "bien de familia" se erige en una medida de protección familiar que ha de ser "calificada" como un efecto personal del matrimonio. De allí se sigue, desde un perfil pragmático, que la sujeción del inmueble en el cual se asienta la residencia familiar al régimen de "bien de familia" exige que los esposos "vivan de consuno" en Argentina (art. 162, CC).

849. El art. 6 de la Ley N° 11.357 contempla un supuesto de responsabilidad concurrente de ambos cónyuges por las deudas contraídas por uno de ellos, cuando el débito se generare como consecuencia de la atención de las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de bienes comunes. En tal supuesto, la norma aludida dispone que el consorte que no contrajo la deuda responderá con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre (Radzyminski).

Si bien al parecer la doctrina contemporánea acepta pacíficamente que debe calificarse como perteneciente al dominio de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio todo aquello que atañe de manera general al régimen de responsabilidad de los esposos, cabe preguntarse si las deudas entre cónyuges deben considerarse comprendidas en aquel principio general de la sujeción del sistema de responsabilidad a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio. Se ha sostenido que se impone una respuesta negativa, sosteniendo que la responsabilidad *concurrente* que establece el art. 67 de la Ley N° 11.357 es una manifestación frente a los terceros acreedores –aun cuando dotada de un perfil patrimonial– de la "solidaridad" –*lato sensu*– que debe unir a los esposos en su vida común. La obligación de contribución a las deudas

contemplada por dicho precepto, en la medida que se trata de débitos en los cuales se incurre para proveer a la satisfacción de las necesidades más elementales de la familia, traduce, bajo el velo de implicancias de orden patrimonial, la concepción que de la familia misma subyace en el ánimo del legislador argentino. De ello resulta que el instituto deba ser sometido a la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio. Esta solución habrá de regir tan sólo el carácter de la responsabilidad de los esposos frente a terceros por las obligaciones mencionadas –ya que es precisamente respecto de aquellos terceros que el legislador intenta evidenciar la cohesión y solidaridad familiar a través de la implementación de una responsabilidad concurrente–, sin alterar empero el modo en el cual, en definitiva, la cuestión relativa a la satisfacción de dicho pasivo sea resuelta entre los esposos (Radzyminski).

850. El derecho argentino contiene un conjunto de disposiciones relativas a la disolución del vínculo matrimonial (art. 213 CC) y del régimen patrimonial del matrimonio (art. 1292 CC), por lo que será necesario examinar separadamente los supuestos de extinción del vínculo matrimonial y, como consecuencia de ello, del régimen de bienes, de las situaciones en que permaneciendo el vínculo sólo se disuelve el régimen matrimonial patrimonial. Estas soluciones deberán desprenderse de las normas de conflicto que regulan la validez del matrimonio (art. 159 CC), la separación personal, la disolución de la unión (art. 164 CC) y los efectos patrimoniales del matrimonio (art. 163 CC).

851. Una problemática especial la plantean los acuerdos disolutorios del régimen patrimonial del matrimonio. Impedidos los cónyuges de modificar la regulación jurídica patrimonial prevista por el legislador, la problemática del acuerdo disolutorio sólo podrá plantearse con interés para la práctica argentina, cuando localizado el primer domicilio conyugal en el extranjero, los acuerdos tengan por objeto bienes situados en el país. Resultará entonces necesario distinguir el juego del derecho aplicable al acuerdo en cuanto instituto perteneciente a los efectos patrimoniales del matrimonio de las cuestiones en que va a interferir la *lex rei sitae*. Respecto del instituto de la forma ya se han vertido algunas observaciones en torno a las posibilidades de aplicación de la ley del primer domi-

cilio conyugal, o sea a la sumisión a la ley que rige el fondo de las exigencias formales, y al juego de la *lex loci*. Cabe ahora tener en cuenta además el funcionamiento de las reglas de aplicación inmediata del sistema argentino en lo que respecta a la transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la Argentina. El análisis del art. 1211 del CC resulta inevitable en lo que respecta a la forma de los acuerdos, resultando de interés considerar además el juego de los convenios internacionales que pudieran incidir sobre la solución concreta del supuesto.

852. La ley del primer domicilio conyugal resulta excepcionada por las reglamentaciones que sobre cuestiones de estricto carácter real prevea la *lex situs*. El art. 10 CC refiriéndose a los bienes inmuebles prescribe que el título a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las prescripciones del derecho argentino, agregando el art. 1211 que los contratos celebrados en el extranjero para transmitir derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en el país deberán ser presentados en instrumentos públicos legalizados, concluyendo que cuando por ellos se transmita el dominio, la tradición no producirá efecto alguno hasta que la protocolización haya sido ordenada por orden de juez competente. Trátase de cuestiones reales pues refieren a un elemento característico del sistema de trasmisión de derechos reales: el título, el cual de acuerdo con la normativa citada sólo se perfeccionará cuando se haya cumplimentado con las exigencias previstas en el art. 1211, que en el caso funciona como norma de aplicación inmediata.

Perfeccionado que fuere el título por el cumplimiento de las reglas citadas recién podrá procederse a la inscripción del mismo en el registro correspondiente, momento a partir desde el cual se producirán los efectos *erga omnes* típicos del negocio inmobiliario. De tal forma que la mutación de la situación real realizada en el extranjero sobre bienes ubicados en el territorio argentino, deberá cumplimentar con los recaudos de título y modo, en la forma descripta, de acuerdo con las exigencias del derecho argentino para alcanzar la perfección y producir en este territorio jurídico los efectos característicos.

853. En cuanto a la jurisdicción internacional, el art. 227 CC dispone que las acciones que versaren sobre los efectos del matrimonio, de-

berán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado. La escasa relevancia otorgada a la "localización" de los efectos patrimoniales del matrimonio en el primer domicilio conyugal aparece confirmada por el propio legislador que, si bien consideró que las relaciones patrimoniales entre esposos se "localizan" en el primer domicilio conyugal, no utilizó ese contacto al formular la norma sobre jurisdicción internacional en la materia en el art. 227 CC.

Por tanto la localización del derecho del primer domicilio conyugal como aplicable al régimen de bienes, sin permitir su adaptación al sistema del actual domicilio, tendrá –además de los inconvenientes señalados– el efecto de producir la separación entre derecho aplicable y jurisdicción internacional. Los jueces argentinos competentes en razón de la actual radicación del domicilio del matrimonio en Argentina, tal vez por la mayor parte de la vida del matrimonio, serán obligados por la norma del art. 163 a aplicar el derecho extranjero del primer lugar de localización del domicilio conyugal.

La regla de jurisdicción establecida en el art. 227, si bien es la única consagrada de manera expresa en esta materia, no jugará en modo alguno de manera exclusiva. Como ya se señalara, la complejidad del tema del régimen de bienes resulta de su relación con distintas categorías de problemas. Ello cobra especial relevancia al momento de examinar los supuestos jurisdiccionales. Cabrá en este orden de ideas considerar la aplicación del régimen de bienes –legal o pactado– por el juez competente en materia sucesoria, o por el juez competente en materia de divorcio, o de declaración de ausencia, así como el de radicación de los bienes inmuebles objeto de un pacto matrimonial.

854. Finalmente, el segundo párrafo del art. 162 CC se refiere a otra cuestión patrimonial de indudable importancia, al disponer que:

> "(...) el derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcances del convenio alimentario si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario".

El derecho del domicilio conyugal se aplica acumulativamente –con relación al monto de la cuota alimentaria– con el derecho del domicilio del demandado si éste fuere más favorable. La normativa aplicable a la cuestión alimentaria debe ser considerada en relación con las normas de jurisdicción. En este punto el art. 228 CC establece la jurisdicción del juez de la separación, divorcio o nulidad (inc. 1) y, a opción del actor, el juez del domicilio conyugal o del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiere con la residencia del demandado, si se planteare como cuestión principal (inc. 2).

Se advierte claramente que el legislador argentino ha querido favorecer al peticionante de alimentos confiriéndole una amplia gama de foros alternativos ante los cuales puede ocurrir. Este favor al peticionante de alimentos expresado en el art. 162, 2do. párrafo, se acentúa con la consagración de estos foros electivos. De esta forma el peticionante de alimentos podrá mediante el establecimiento de su residencia, escoger el país cuyo sistema jurídico sea más favorable a sus pretensiones. Aparece así el riesgo del fraude a la ley.

B) Brasil

855. Brasil adopta el sistema por el cual en los casos en que los cónyuges no hicieren opción, el régimen legal aplicable a los bienes del matrimonio será el de la "comunión parcial", cambio efectuado por la ley de divorcio de 1977, pues hasta entonces en esos casos se aplicaba comunión universal. Así, actualmente, para que el régimen sea el de la comunión universal o el de separación total de bienes, es necesario que los contrayentes opten expresamente a través de pacto prenupcial. Éste, si es realizado en Brasil, sólo podrá ser hecho antes de la celebración del matrimonio a través de escritura pública. No obstante, no hay obstáculo a que el pacto se realice en el exterior, donde entonces deberán ser seguidas las normas pertinentes del lugar del acto.

Es de mencionar que en los casos de separación total de bienes, la decisión 337 del STF dispone que a pesar de las características inherentes al régimen de la separación, se consideran comunes los bienes adquiri-

dos durante la vigencia del matrimonio si resultaren del esfuerzo común. Tal precepto es utilizado también para los casos de disolución de unión estable. Nótese que el art. 258 CC brasileño determina la obligatoriedad de la separación de bienes cuando el hombre contare con más de 60 años y la mujer más de 50, o también si el viudo o viuda aún estuviere pendiente de la partición de los bienes del matrimonio anterior, y en los casos que dependan de autorización judicial, como por ejemplo el matrimonio de menores.

El régimen legal brasileño se caracteriza por considerar como comunes todos los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio, excluyéndose, por tanto, del patrimonio común los bienes que cada uno poseía antes de casarse, o reciba por donación o por herencia. Otra característica del sistema brasileño es la inmutabilidad del régimen de bienes a partir de la celebración. Además de eso, el sistema es también unitario, por lo que sólo una ley regirá el régimen de bienes. La única excepción al principio de la inmutabilidad está contemplada en el párrafo 5° del art. 7 LICC, que permite al extranjero, en el momento de su naturalización y con la anuencia expresa de su cónyuge, proceder al cambio de régimen, para adoptar el régimen legal brasileño (de comunión parcial). Es de notar que este dispositivo se aplicaba más seguido en la época de la anterior introducción al Código Civil, cuando el estatuto personal era regido por la ley de la nacionalidad.

856. La regla de DIPr sobre el régimen de bienes del matrimonio no es la misma aplicable a la celebración del acto. Mientras el acto sigue la *lex celebrationis*, el régimen de bienes depende de otros factores. Así, si los cónyuges tienen el mismo domicilio, la ley de éste regirá el régimen de bienes del matrimonio aunque el lugar de celebración sea otro. No obstante, si los cónyuges tuvieren distinto domicilio, el art. 7 párrafo 4° LICC contiene una norma especial que determina como aplicable al régimen de bienes la ley del primer domicilio conyugal. La aplicación del citado artículo ha sido objeto de análisis por los tribunales innumerables veces. El Tribunal de Justicia de San Pablo, por ejemplo, decidió en agravio instrumental n° 87.722, de 1988, que habiendo sido celebrado el matrimonio en un país extranjero, donde eran domiciliados los cónyuges y donde se fijó el primer domicilio conyugal, se aplicaba la ley del

mismo país en cuanto al régimen matrimonial de bienes. Y también, en otro caso, el mismo tribunal esclareció que a pesar de tener el matrimonio ahora domicilio en Brasil, regía los bienes la ley del primer domicilio conyugal. Eso porque "(...) el hecho de que cónyuges extranjeros, después del matrimonio, se mudaren para Brasil, no importaba, sólo por eso, la posibilidad de alterar el régimen de bienes por el que optaron en el exterior" (Relator: Munhoz Soares - Apelación Civil nº 180.372-1-Campinas-17.12.92).

En verdad, hay incluso precedentes de la innecesariedad de la prueba del régimen de bienes. Así lo decidió el Tribunal de Justicia de San Pablo, que en materia de duda suscitada al momento de la transcripción del matrimonio realizado en el extranjero, permitió que la declaración personal supliese la omisión sobre el régimen adoptado, por aplicación del art. 7 párrafo 5° LICC, pues se observó que la ley del país de domicilio de los cónyuges no impedía la adopción del régimen por ellos declarado. Esta decisión es interesante porque efectivamente respeta las peculiaridades de la ley extranjera sin pretender adaptarla al sistema brasileño. Considerando que entre las formalidades locales, donde al acto fue practicado, no era necesaria la información sobre el régimen de bienes en la escritura, ciertamente no podría el derecho brasileño exigirlo, creando un requisito que aquella ley no preveía.

857. Pasando a las cuestiones relativas al régimen de bienes cuando se trata de sucesión, se hace necesario esclarecer las normas brasileñas respecto de la calidad de heredero del cónyuge sobreviviente. Éste, según el art. 1603 CC, es el tercero en el orden de la sucesión legítima, siendo precedido por los descendientes y por los ascendientes. Así, no habiendo hijos o padres sobrevivientes del causante, el cónyuge heredará. Además, la ley establece que en caso de no participar en la sucesión, y no habiendo comunión universal o parcial, el cónyuge supérstite tendrá derecho al usufructo de parcela de los bienes recibidos por los herederos.

858. Una cuestión controvertida se presenta cuando el divorcio realizado en el extranjero dispone sobre la partición de bienes situados en Brasil, pues la ley brasileña de competencia internacional tiene una norma expresa acerca de la exclusividad de la justicia brasileña para proce-

der a la partición de cualesquiera bienes situados en el territorio nacional. En su decisión relativa a la sentencia extranjera n° 2446, el STF denegó la misma sobre la alegación de que la justicia paraguaya no podía decidir sobre la partición de los bienes situados en Brasil. No obstante, a partir de 1982, ese criterio fue modificado, pasando el STF a aceptar tales particiones realizadas en el exterior, pues entendió que no había incompatibilidad con la ley procesal brasileña.

Actualmente continúa el STF con ese criterio, según se desprende de la decisión relativa a la sentencia extranjera contestada n° 4512, dictada el 21 de octubre de 1994. Se trataba del divorcio decretado por el juez suizo de un matrimonio celebrado en Brasil y que había sido homologado por el STF en autos de la Sec. N.3682, *RTJ* 131/1071; el STF entendió que no agraviaba el art. 89.II del CPC, la partición de bienes de la sociedad conyugal realizada posteriormente ante el órgano judicial suizo con aplicación de las leyes brasileñas, homologando por tanto tal decisión. No obstante la homologación ejecutada en el STF, debe también la parte someterse al órgano judicial brasileño para atender a los mandamientos específicos de nuestra ley local, por los que la carta de homologación de la sentencia del STF deberá dar inicio al proceso, ya en el juzgado brasileño competente, de inventario de los bienes repartidos por la justicia extranjera.

C) Paraguay

859. El régimen jurídico matrimonial patrimonial se establece sobre la base de criterios legales que tienden a asegurar una decisión en común de los cónyuges, determinando principios y criterios de solución ante la falta de convención matrimonial, o sujetarlo, en algunos aspectos, a normas imperativas de derecho. Rige, por consiguiente, el principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, pero sujetos a las normas fundamentales fijadas por el régimen legal. El sistema admitido por el CC paraguayo en su art. 189 es el de la comunidad de bienes, con la posibilidad de acordar un régimen distinto, sin limitación, salvo las derivadas del orden público.

Respecto del régimen patrimonial del matrimonio la Ley N° 1/92 en su art. 22 dispone: "(...) esta ley reconoce regímenes patrimoniales ma-

trimoniales: a) la comunidad de gananciales bajo administración conjunta; b) el régimen de participación diferida; y c) el régimen de separación de bienes".

Conforme al art. 23 de la misma ley "el régimen patrimonial del matrimonio podrá ser estipulado por los cónyuges en capitulaciones, que se ajusten a las disposiciones de esta ley". Lo dispuesto en el art. 24 establece el régimen de comunidad por exclusión "a falta de capitulaciones matrimoniales o si éstas fuesen nulas o anuladas, el régimen patrimonial será el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta".

Como régimen especial se contempla también el denominado bien de familia, previsto en el art. 59 de la CN en los siguientes términos: "se reconoce como institución de interés social el bien de familia, cuyo régimen será determinado por ley. El mismo estará constituido por la vivienda o el fundo familiar, y por sus muebles y elementos de trabajo, los cuales serán inembargables". Así prevista, constituye una institución de interés público, por lo que la afectación del régimen por un acto jurídico celebrado en el extranjero, deberá ajustarse a las reglas de la institución del bien de familia para modificar, o terminar, con la afectación patrimonial como familiar, o respecto a su existencia, validez y eficacia, régimen que coincide normalmente con el lugar de situación del bien, cuya ley en definitiva determinará la eficacia si fuere instituido en el extranjero.

860. De acuerdo al art. 133 CC, los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial, pero con relación al régimen de bienes existen reglas establecidas por el CC, en los arts. 134 y 135, disposiciones desdobladas de su fuente, el art. 136 del Anteproyecto De Gásperi. En conclusión, como principio, se establece la libertad de pactar las convenciones matrimoniales o respetar aquellas que surgen en virtud del régimen legal vigente en el Estado en el cual se celebren. Es en la expresión "limitada a las disposiciones de este Código" donde innovó la comisión al redactar el proyecto, pues estableció una restricción aparentemente mayor a la prevista por el ante-proyectista De Gásperi. Por consiguiente si nos atenemos exclusivamente a esta redacción, sin una interpretación global en función de las concordancias, fundamentalmente las de carácter internacional y las referidas específicamente a la

ley que rige como regla general los bienes, se podría limitar innecesariamente el cumplimiento y la ejecución de ciertas convenciones.

Al ocuparse del régimen internacional de los bienes en el matrimonio, las disposiciones del Código Civil hacen una distinción entre matrimonios celebrados en el Paraguay y disueltos en el extranjero, y matrimonios celebrados en el extranjero pero disueltos en el Paraguay, ambas situaciones con bienes situados en la República. El art. 134 hace referencia al régimen de los bienes situados en la República de matrimonios celebrados en el Paraguay, que el Código hace regir por la ley territorial, siendo indiferente que tuvieren al tiempo de su disolución domicilio en el extranjero. "El régimen de los bienes situados en la República, de matrimonios contraídos en ella, será juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código, aunque se trate de contrayentes que al tiempo de la disolución del matrimonio tuvieren su domicilio en el extranjero". En este último sentido sigue la regla general en materia de bienes del art. 16 del CC: "(...) los bienes cualquiera sea su naturaleza se regirán por la ley del lugar donde están situados, en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad, absoluta o relativa y todas las relaciones de derecho de carácter real, de que son susceptibles".

De acuerdo a la primera parte del art. 135 CC, "(...) los que teniendo su domicilio y bienes en la República, hayan celebrado el matrimonio fuera de ella, podrán, a su disolución en el país, demandar el cumplimiento de las convenciones matrimoniales, siempre que no se opongan a las disposiciones de este Código y al orden público". La segunda parte del art. 135 señala que

> "(...) podrá igualmente exigirse en la República el cumplimiento de las convenciones matrimoniales concertadas en el extranjero por contrayentes domiciliados en el lugar de su celebración, pero que al tiempo de la disolución de su matrimonio tuvieren su domicilio en el país, si aquellas convenciones no establecieren lugar de ejecución, ni contravinieren lo preceptuado por este Código sobre el régimen de los bienes".

La convención o el régimen acordado de acuerdo a un régimen extranjero sobre bienes en la República, a nuestro criterio, independientemente de que se tenga o no domicilio en la República –elemento indife-

rente en este caso–, podrá ser cumplido en el Paraguay. No resulta admisible supeditar su reconocimiento a todas las exigencias generales del CC, sino a aquéllas consideradas de orden público, siendo en este sentido que debe ser interpretada la disposición legal. Por otra parte, como hemos visto, nada obsta a la ejecución de las convenciones celebradas en el extranjero, de acuerdo a la segunda parte del artículo 135, cuando la disolución se produjere en nuestro país y la jurisdicción sea el Paraguay, salvo disposiciones de orden público.

Por último, es necesario aclarar que el régimen de bienes establecido por el CC es absolutamente divergente al que estaba previsto en el art. 241 del Anteproyecto De Gásperi, donde el silencio frente al oficial público respecto del régimen de bienes al momento de la celebración del matrimonio, presupone que los cónyuges optan por el régimen de separación de bienes, regla inversa a la consagrada por el CC en el art. 189.

D) Uruguay

861. El art. 2397 CC (que sustituye, a partir de 1941, al art. 130.1 del mismo Código) establece: "Las relaciones de bienes entre los esposos se determina por la ley del Estado del primer domicilio matrimonial en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, sobre materia de estricto carácter real". El alcance extensivo de la categoría comprende todo lo relativo a la administración y titularidad de los bienes durante el matrimonio. El legislador le dio fijeza a un punto de conexión que en principio es variable, estableciendo un régimen universal, extraterritorial: el que determine la ley del primer domicilio matrimonial. La finalidad es proteger a los terceros y al cónyuge eventualmente más débil. La inmutabilidad de la ley no implica inmutabilidad del régimen: éste puede ser modificado por el legislador del Estado donde se realiza el punto de conexión, si éste modifica la ley interna (pasando del régimen de separación al de comunidad, por ejemplo, o viceversa), o por las propias partes, si la ley del primer domicilio matrimonial lo autoriza (ej.: Ley uruguaya N° 10.783 de 11/9/1946).

En contra se ha pronunciado el TAC, Frigerio, Vago, De Vega, 15/4/1971, sosteniendo que la razón del legislador de defender los derechos de la mujer implica una presunción simple que admite prueba en

contrario, y justificando que el cambio de domicilio favorece a la mujer, ha de estarse a lo que disponga la ley aplicable en este último (Matteo, y *LJU* c. 7805). Esta posición jurisprudencial aislada se aparta del texto claro del art. 2397, con el pretexto de consultar la *ratio* de la norma, basándose en una interpretación axiológica, lo cual está expresamente prohibido por el art. 17 del Título Preliminar del CC uruguayo.

862. Conforme al art. 2401 CC, son competentes para entender en las cuestiones relativas a las relaciones de bienes entre los esposos los jueces del primer domicilio matrimonial o, a opción del actor, los del domicilio del demandado (TAC 2°, Galagorri, Silva Delgado, Addiego Bruno, 9/2/1981, Arrighi, *ADCU*, XII c. 211).

863. El art. 6 Ley N° 10.783, establece que "(...) en todo momento, cualquiera de los cónyuges o ambos de conformidad, podrán pedir, sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. El juez deberá decretarla sin más trámite (...)". Herbert sostiene que esta es una norma de aplicación inmediata, que desplaza al sistema de conflicto. En un caso de disolución de sociedad conyugal en que los cónyuges habían tenido su primer domicilio matrimonial en Venezuela y se domiciliaron luego en Uruguay, el Fiscal Letrado Robatto Calcagno sostuvo que el derecho a solicitar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal previsto en la Ley N° 10.783 es de orden público interno e internacional, y que por tanto no resulta necesario justificar que los cónyuges o uno de ellos tengan domicilio en el país, ni que hayan tenido su primer domicilio conyugal aquí, ya que la disolución se rige por el citado art. 6. Battistella de Salaverry (JF 6°, 2/4/1986) sostuvo en este caso la competencia de los tribunales uruguayos y la aplicación de la ley venezolana, no de la ley uruguaya N° 10.783. En segunda instancia (TAC 5°, 28/11/1986, Rochón, Van Rompaey, Pereyra Maneli) se admitió la competencia de los tribunales uruguayos fundada en el criterio alternativo del domicilio del demandado del art. 2401 CC, la aplicabilidad de la ley venezolana en virtud del art. 2397 CC y la consiguiente necesidad de acreditar el primer domicilio matrimonial, con sus requisitos de *corpus* y *animus*. Sostuvo el tribunal que la Ley N° 10.783 no podía aplicarse directamente, sino sólo en caso de que la ley regu-

larmente aplicable (la venezolana) vulnerara el orden público internacional uruguayo.

864. Tanto en doctrina como en jurisprudencia se han planteado opiniones discordantes con relación a la eventual contravención del orden público uruguayo por la admisión de la comunidad absoluta de bienes en el país. En la doctrina nacional, Terra Corbo ha sostenido que la admisión del régimen de comunidad absoluta de bienes entre los cónyuges (legal o convencional) que estuviere establecido en el Estado donde los cónyuges hubieren tenido su primer domicilio matrimonial, contravendría lo dispuesto en una norma de orden público: el art. 1880 del CC uruguayo, que no estaría derogado por el art. 2397 del mismo Código. En este sentido, y con anterioridad al CGP y a la declaración uruguaya en CIDIP II, el TAC 1°, 21/3/1962, Fleurquin, Achard, Dubra consideró que la comunidad universal de bienes contraviene el orden público internacional uruguayo (Matteo, *LJU* c. 6528).

En sentido contrario, Opertti sostiene que la admisión de la comunidad absoluta de bienes no contraviene principios del orden público internacional uruguayo. En el caso de un matrimonio celebrado en 1968 en Brasil, con primer domicilio matrimonial en Brasil (con anterioridad a la Ley N° 6515 de 16/12/1977), cuyo CC establecía en el art. 258 que no habiendo acuerdo válido regiría, en cuanto a los bienes entre los cónyuges, la comunidad universal, y donde además se había pactado dicho régimen en el acta de casamiento, Opertti sostuvo: a) que desde la perspectiva del derecho uruguayo, resulta aplicable la ley del primer domicilio matrimonial, es decir la brasileña (art. 2397 CC). b) Que el art. 1880 CC uruguayo "prohíbe toda sociedad a título universal". Pero esta es una norma general, no incluida en el capítulo específico que regula la sociedad conyugal; no existe en el orden jurídico uruguayo ninguna disposición que limite los efectos de la comunidad universal extranjera de tal modo que ella no pueda abarcar los bienes sitos en Uruguay. Además, el art. 1880 admite que se puedan poner "en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos". c) Cuando una sociedad conyugal de bienes está sometida a un derecho extranjero, éste debe ser respetado por nuestros jueces (art. 525.3 CGP). Sólo pueden dejar de aplicarlo cuando éste contravenga manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional

uruguayo (art. 525.5 CGP), cuyo alcance está dado en la declaración que efectuara la República O. del Uruguay en ocasión de CIDIP II, en Montevideo, 1979. d) Para Uruguay el orden público internacional es una excepción que opera *a posteriori* para desconocer en casos excepcionales la aplicación del derecho extranjero regularmente aplicable, cuando éste contravenga en forma concreta, grave y manifiesta normas y principios esenciales en los que Uruguay asienta su individualidad jurídica. e) El art. 705 CC enumera los modos de adquirir de forma no taxativa (Cfr. Opertti, Vaz Ferreira; en contra: Terra Corbo). f) No existen en el derecho uruguayo razones de texto ni de orden público internacional que excluyan los bienes sitos en Uruguay de la universalidad constituida en Brasil. g) La ley del primer domicilio matrimonial es aplicable "en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes, sobre materia de estricto carácter real". Los jueces brasileños son competentes para conocer en lo relativo a disolución de la sociedad conyugal y a los derechos personales de los cónyuges; pero en las cuestiones de estricto carácter real, como en el caso la acción reivindicatoria entablada por un cónyuge contra el otro, que ha tomado posesión exclusiva de un inmueble sito en Uruguay, tienen jurisdicción exclusiva los tribunales uruguayos (art. 2401). La ley de fondo es la brasileña (art. 2397).

865. La prueba de la realización del punto de conexión no está limitada a las disposiciones relativas a la prueba de los hechos en juicio: no cabe la exoneración de prueba por ausencia de controversia o admisión de los hechos, no se plantea el problema de la carga de la prueba y existe mayor laxitud en su valoración. Las declaraciones de las partes son relativas, aunque tienen valor de presunciones; el criterio de prueba debe traducirse por el de "razonable certidumbre". No es posible la aplicación residual de la *lex fori* en caso de insuficiencia de prueba del factor de conexión, salvo ley expresa que lo autorice (Herbert, Consulta AEU, 28/12/1984).

Bibliografía complementaria

ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996; PALLARÉS, B.A.M., *Derecho*

internacional privado matrimonial, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988; PALLARÉS, B.A.M., "Derecho matrimonial patrimonial", *AADI*, vol. VIII, 1998, pp. 73-99; RADZYMINSKI, A., "La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional privado argentino", *ED*, t. 156, pp. 864 ss.; TERRA CORBO, D., *Las relaciones patrimoniales de los cónyuges en el derecho privado internacional*, Montevideo, Universidad de la República, 1960; VIDAL TAQUINI, C.H., "Regímenes matrimoniales", en LAGOMARSINO / SALERNO / URIARTE, *Enciclopedia de derecho de familia*, t. III, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 446-467.

Capítulo 20

Obligaciones de alimentos

Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Aspectos generales

1. Las obligaciones de alimentos en el DIPr: la cuestión de su autonomía

866. La relación alimentaria importa el derecho de ciertas personas ("los alimentarios" a recibir de otras, los "alimentantes") una pensión para subsistir o vivir de acuerdo a su condición, y la obligación de los alimentantes de suministrarla. Esta relación es establecida por la ley, con un fundamento moral, y no por voluntad de los particulares (Alfonsín). La relación alimentaria es internacional cuando contiene un elemento de extranjería relevante conforme al orden jurídico de referencia. En general los factores que internacionalizan la relación alimentaria son que el deudor y el acreedor de alimentos tengan su residencia habitual en Estados diferentes, o que aun cuando residan en el mismo Estado, el deudor tenga bienes o ingresos en otro Estado (García Altolaguirre).

Existen ciertas características comunes a la relación alimentaria internacional, independientemente de su regulación específica en los distintos ordenamientos jurídicos: es inalienable, incedible, irrenunciable, inembargable, no prescribe, es personal (por lo que suele extinguirse por la muerte del alimentante o del alimentado), no es compensable ni susceptible de transacción o arbitraje (García Altolaguirre). En algunos aspectos aparecen en cambio diferencias muchas veces fundamentales: la determinación de los sujetos de la obligación, la legitimación procesal activa para reclamar los alimentos, los órdenes de precedencia o la divisibilidad de la deuda cuando hay varios obligados y las modalidades de

la prestación, en especial montos, períodos y plazos (García Altolaguirre, Vaz Ferreira, Jure).

867. La tendencia doctrinaria mayoritaria, reflejada en los modernos tratados internacionales sobre la materia, es a considerar los alimentos como categoría autónoma en el DIPr, independiente de su "relación jurídica generante", que en general –aunque no necesariamente– son las categorías del derecho de familia (Alfonsín, Opertti, Herbert, Tellechea, García Altolaguirre, Jure). La vinculación entre la obligación alimentaria y las relaciones jurídicas que le dan origen plantea eventualmente un conflicto de calificaciones y ciertamente un problema de cuestión previa, "en cuya solución el factor axiológico puede jugar un rol preponderante a la luz de lo dispuesto en la norma de adaptación contenida en el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr" (Herbert, García Altolaguirre, Jure), vigente en los cuatro Estados miembros del Mercosur. El punto es de fundamental importancia ya que la validez de la relación jurídica que le da origen condiciona la existencia misma de la obligación alimentaria (Jure), aun cuando ésta sea considerada como una categoría autónoma. Es decir, si el derecho alimentario se basa en otra categoría (por ejemplo, filiación, divorcio, etc.), esta última "operaría como condición de validez de la obligación alimentaria" (García Altolaguirre). En el caso de la filiación alimentaria, tanto la cuestión previa como la principal se regirán por la ley que regula los alimentos (Alfonsín, Opertti, García Altolaguirre).

2. Tendencias de regulación

868. La continuidad jurídica a través de fronteras se plantea como una necesidad cada vez más imperiosa, dada la creciente movilidad de las personas y las familias. Esto tiene dos consecuencias importantes: a) la necesidad de disponer de instrumentos normativos para contemplar las situaciones que efectivamente se plantean con mayor intensidad en las relaciones privadas y b) la "importancia de que esos instrumentos no sean nominales, sino que tengan eficacia operativa" (Herbert). Las obligaciones alimentarias entre personas con domicilio o residencia ha-

bitual en Estados diferentes plantean problemas jurídicos y prácticos cuya solución debe buscarse preferentemente a través de convenciones internacionales. La evolución metodológica en ese sentido responde a las necesidades del tráfico jurídico internacional, incorporando factores axiológicos en la conexión o localización de la relación jurídica, teniendo en cuenta las políticas gubernamentales y la justicia sustantiva en el caso concreto, y abandonando la neutralidad típica del conflictualismo clásico. Dado que los alimentos tienen como condición o supuesto una situación de desamparo material y por objetivo la sobrevivencia del beneficiario, "la política legislativa debe ser esencialmente protectora del crédito alimentario y del acreedor alimentario. En el caso de menores, la fuerza de ese factor se multiplica: la protección del menor sobrepuja muchas sutilezas jurídicas" (Herbert).

II. Reglamentación de las obligaciones alimentarias

1. Reglamentación convencional "universal"

A) Las obligaciones de alimentos y la cooperación internacional: Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero (1956)

869. La Convención de Naciones Unidas de Nueva York del 20/6/1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero cuenta entre sus varios Estados parte a tres de los miembros del MERCOSUR: Argentina (Ley N° 17.156, modificada por Ley N° 19.739), Brasil y Uruguay (adhirió por Ley N° 16.477, del 10/5/1994; fecha de depósito del instrumento de adhesión: 18/9/1995). La CIDIP II de Montevideo de 1979 exhortó a los Estados miembros de OEA a ratificar la Convención de Nueva York, ya que a pesar de los reparos que ésta pueda merecer, cumple una función importante como es la procuración a distancia en materia de alimentos (Opertti). La finalidad de la Convención de Nueva York es facilitar al acreedor de alimentos, que se encuentre en un Estado parte de la Convención, su obtención del deudor, que a su vez esté sujeto a la jurisdicción de otro Estado parte. Parecería que una persona que posee propiedades en el territorio de un Estado parte, aunque no tenga residencia en

él, podría ser demandado allí si la ley de ese Estado lo sujeta a su jurisdicción por tener allí una propiedad. La expresión que el demandado sea una persona "que está sujeta a la jurisdicción de otra Parte Contratante" es propia del *common law*, para el cual resulta clara y precisa, "no así para el sistema de derecho civil donde los individuos en lo que hace a su estatuto personal están sujetos de forma precisa a la jurisdicción del domicilio, de la nacionalidad o de la residencia" (Opertti).

Al definir el ámbito de aplicación material de la Convención, el art. 1 no distingue entre las distintas relaciones generadoras del derecho alimentario, abarcándolas a todas de forma amplia (Jure). No obstante, de los antecedentes surge que la Convención incluye las obligaciones alimentarias derivadas de la ley, pero no las contractuales ni las derivadas de la seguridad social u otros pagos similares. La Convención pretende dar solución al "problema humanitario originado por la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero", dadas las dificultades legales y prácticas que plantea el litigar o ejecutar decisiones en el extranjero (Preámbulo). Estas dificultades derivan muchas veces de que "la cooperación internacional de los Estados es llevada a diversos niveles y a veces no muy bien coordinada".

La Convención busca adicionar medios jurídicos adecuados para lograr hacer efectivo el derecho alimentario, y no sustituir a los que pudiera proporcionar el derecho interno o internacional de los Estados parte. En el ámbito espacial del MERCOSUR, por el momento sólo Brasil y –recientemente– Argentina son parte de esta Convención y de la interamericana de 1989; esto significa que en una reclamación de alimentos que vinculara a estos dos países, se podría recurrir a los mecanismos de las dos Convenciones, en la forma más adecuada para la consecución de la finalidad de ambas: la obtención efectiva de los alimentos. La necesidad de ratificación de la Convención interamericana aun por los Estados que son ya parte de la de Nueva York parece de toda evidencia, si se tiene en cuenta que esta última "dejó sin resolver el tema de la jurisdicción internacional competente, y aun respecto de la cuestión de la ley aplicable el texto deja serias dudas en cuanto a su significado" (Opertti).

La finalidad perseguida por la Convención de Nueva York debe ser realizada a través de organismos que la Convención llama "autoridades

remitentes" e "instituciones intermediarias" (art. 1), que deberán ser designadas por cada Estado parte al ratificar o adherir. Las autoridades remitentes pueden ser "autoridades judiciales o administrativas" (art. 2.1), pero siempre debe tratarse de entidades del Estado, nunca privadas. Cumplen una función equivalente a la de las autoridades centrales, que son organismos de cooperación jurídica internacional que han sido creados en varios países en cumplimiento de lo establecido en diversas convenciones internacionales. Las instituciones intermediarias en cambio pueden ser organismos públicos o privados (art. 2.2). El papel de estas instituciones, que podría ser llevado a cabo por las defensorías de oficio (Tellechea), consiste en tomar las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y de ser necesario, iniciar y proseguir acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia u otro acto judicial, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante (art. 6). Uruguay todavía no ha designado sus correspondientes "autoridades remitentes" e "instituciones intermediarias".

El art. 1 establece el mecanismo a través del cual va a operar la Convención, creando un mecanismo administrativo de cooperación entre los Estados parte, centrado en la "autoridad remitente" en el país del demandante, y la "institución intermediaria" en el país del demandado. En cada Estado parte se designará una o más autoridades remitentes, que pueden ser entidades administrativas ya existentes o creadas al efecto. En los países grandes tendría que haber más de una autoridad remitente para permitir a los demandantes iniciar los trámites de su solicitud en una localidad próxima a su domicilio.

870. Cuando actor y demandado se encuentren en Estados parte diferentes, el actor presentará su solicitud de alimentos a la autoridad remitente de su Estado, acompañada de los documentos pertinentes y elementos de prueba necesarios para justificar la demanda, de conformidad con la ley del Estado de la institución intermediaria, y en caso de ser necesario, un poder que autorice a esta institución para actuar en nombre del demandante o para designar a un tercero con ese propósito (art. 3). Sin perjuicio de lo que disponga la referida ley, el art. 3.4 exige que la solicitud contenga determinados datos que enumera acerca del demandante y

del demandado. Una vez controlado el cumplimiento de estos requisitos, la autoridad remitente transmitirá los documentos a la institución intermediaria del Estado del demandado, "a menos que considere que la solicitud no ha sido formulada de buena fe" (art. 4). Esta hipótesis se daría por ejemplo si la institución intermediaria considera que la persona ha viajado expresamente al Estado de la autoridad remitente con el único propósito de obtener ventajas de las disposiciones de la Convención. También transmitirá, a solicitud del demandante, cualquier decisión o acto judicial dictado por un tribunal competente de cualquiera de los Estados parte en materia de alimentos a favor del demandante (art. 5). Esta norma permite al acreedor de alimentos que ya ha ganado un juicio en su país, beneficiarse del sistema de la Convención para ejecutar dicha sentencia. Las disposiciones de la Convención se aplican no sólo a las solicitudes de alimentos sino también a las acciones revisivas (art. 8).

871. La ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja en ocasión de la misma "será la ley del Estado del demandado, incluso el derecho internacional privado de ese Estado" (art. 6.3). Respecto a esta solución, Opertti sostiene que es técnicamente muy objetable y que el texto de la norma

> "(...) puede interpretarse como una fórmula de solución apenas para la ley procesal, única hipótesis en que cobra sentido la referencia al derecho internacional privado, como indicador de la ley aplicable al fondo del asunto. Otra inteligencia del texto sería, sencillamente, que la norma del art. 6.3, se limita a dejar en manos de la ley del Estado del demandado (no se precisa si es el domicilio, la nacionalidad o la residencia), la determinación del derecho aplicable".

Agrega que "otra interpretación posible es la de que el art. 6.3 trate efectivamente de la ley aplicable al fondo y su referencia al DIPr estaría receptando la doctrina del reenvío, en todo caso, la ambigüedad del texto es evidente".

Va a ser la ley del Estado a cuya jurisdicción esté sujeto el demandado (art. 3.1) la que determine quiénes tienen derecho a recibir alimentos y quiénes el deber de prestarlos (art. 6.3), dado que la Convención no contiene definición material al respecto. Por lo tanto, si el demandante

(un abuelo, por ejemplo) no tuviere derecho, conforme a la ley del Estado donde reside, a recibir alimentos del demandado (su nieto), pero sí tuviere derecho conforme a la ley del Estado de este último, podrá obtener alimentos en los términos de la Convención. La remisión amplia al orden jurídico del Estado del demandado, incluyendo sus normas de conflicto, deja abierta la posibilidad del reenvío, lo que podría derivar en la aplicación de un derecho material distinto al del Estado del demandado, incluso el de un Estado no parte de la Convención.

La intención fue no incluir en la Convención un sistema de conflicto propio, sino remitirse al del Estado del demandado. Además, se señaló en la Conferencia que el Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado estaba trabajando en la cuestión del conflicto de leyes en materia de alimentos. Es decir que si bien la Convención "presupone que las normas por ella incorporadas para el cumplimiento y ejecución de juicios por prestación de alimentos puede tener lugar solamente en el país del demandado, la Convención no contiene ninguna norma que regule ni sobre la jurisdicción y competencia de los Tribunales, ni sobre la ley aplicable", a excepción del art. 6.3, ni sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Estos tres aspectos se dejan a la ley del Estado del demandado o a otras Convenciones internacionales.

La Convención establece en el art. 7 el procedimiento por el cual el tribunal competente puede obtener pruebas en el extranjero, a través de exhortos. Garantiza a los reclamantes extranjeros o sin residencia en el Estado donde se entabla la reclamación, igualdad de trato procesal y las mismas exenciones de gastos y costas que a los nacionales y/o residentes; los servicios prestados por las autoridades remitentes y las instituciones intermediarias son totalmente gratuitos (art. 9). Se facilita la transferencia internacional de fondos destinados al pago de alimentos o a cubrir los gastos a que den lugar los procedimientos previstos en la Convención (art. 10).

Esta Convención proporciona a los acreedores de alimentos un mecanismo sencillo y gratuito para hacer efectivo su derecho a través de fronteras, por medio de un sistema de cooperación mutua entre órganos de naturaleza judicial, administrativa y privada de los Estados parte. Ha sido redactada de forma tal que no colida con los derechos de los Estados

parte, por lo que debería ser fácilmente adaptable e incorporada en los ordenamientos jurídicos de éstos. Resulta conveniente complementarla con otras convenciones, como la interamericana de 1989, que regulen las cuestiones relativas a ley aplicable a las obligaciones alimentarias y jurisdicción competente en la materia.

B) Las obligaciones de alimentos en la Conferencia de La Haya

872. *Convenciones de reconocimiento:* Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias para menores, de 1958 y Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias, de 1973. Estos convenios no han sido ratificados por ninguno de los Estados parte del MERCOSUR. El de 1973, conforme lo establecido en su art. 29, sustituye, en las relaciones entre los Estados parte del mismo (Alemania, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía), al Convenio de 1958. Son parte del Convenio de 1958 (no del de 1973): las Antillas Holandesas, Aruba, Austria, Bélgica, los Departamentos y Territorios de Ultramar franceses, Hungría, Liechtenstein y Surinam.

El ámbito de aplicación de la Convención de 1958 se limita al reconocimiento y ejecución de sentencias en demandas internacionales o internas de alimentos de un hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo, soltero y menor de 21 años. Los requisitos exigidos son: a) que la sentencia haya sido dictada por juez competente, conforme a las reglas de la propia Convención; b) que se hayan cumplido con las garantías del debido proceso (en caso de rebeldía puede rehusarse el reconocimiento y la ejecución si la autoridad opina que no hubo culpa del condenado porque no se enteró o porque no pudo defenderse); c) que la sentencia tenga fuerza de cosa juzgada (las decisiones provisionales susceptibles de ser recurribles pueden ejecutarse si son ejecutables en el Estado que las dictó); d) que la sentencia no contraríe la cosa juzgada nacional; e) que no sea manifiestamente incompatible con el orden público. A los efectos de la competencia indirecta, la Convención considera competentes a los jue-

ces de la residencia habitual del acreedor o del deudor, y acepta la prórroga. La autoridad requerida debe controlar los requisitos antedichos, pero no puede revisar el fondo del asunto. El procedimiento del exequátur es el establecido por la ley del juez de la ejecución (García).

El ámbito de aplicación de la Convención de 1973 es más amplio que el de la de 1958: comprende las sentencias sobre alimentos derivados de relaciones de familia, parentesco, matrimonio o afinidad, incluyendo hijos no legítimos, dictadas por autoridades jurisdiccionales o administrativas de un Estado contratante, entre un deudor y un acreedor, o entre un deudor y una institución pública que persiga el reembolso de la prestación facilitada a un acreedor de alimentos. Comprende las sentencias y transacciones, de fijación o de revisión de alimentos (arts. 1 a 3). Los requisitos para el reconocimiento o ejecución de dichas sentencias son haber sido dictadas por autoridad competente (conforme a los criterios establecidos en los arts. 7 u 8 de la propia Convención), que se hayan cumplido las garantías del debido proceso y que sea ejecutable en el Estado que la dictó (art. 4).

La Convención considera competentes a las autoridades del Estado de la residencia habitual del acreedor, o del deudor, o el de la nacionalidad común de éstos, aceptándose además la prórroga tácita *post-litem* (art. 7). También se considera competentes a los jueces que hubieren dictado sentencias de alimentos en procesos de divorcio, separación de cuerpos, anulación o nulidad del matrimonio, cuando hubieren sido competentes en dichas materias conforme al derecho del Estado requerido (art. 8). La ejecución puede ser denegada en los siguientes casos: a) que la decisión sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado requerido; b) que haya sido el resultado de un fraude de procedimiento; c) que exista litispendencia nacional; d) que contraríe la cosa juzgada nacional o la extranjera cuando ésta estuviere en condiciones de ser ejecutable en ese Estado (art. 5). Se prevé la eficacia parcial de la sentencia extranjera (arts. 10 y 14). El procedimiento de reconocimiento o ejecución, que se rige en principio por el derecho del Estado requerido, está regulado en los arts. 13 a 17.

873. *Convenciones de derecho aplicable:* Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias para menores, de 1956 y Conven-

ción sobre la ley aplicable a obligaciones alimentarias, de 1973. Estos convenios tampoco han sido ratificados por ninguno de los Estados parte del MERCOSUR. El de 1973, conforme lo establecido en su art. 18, sustituye, en las relaciones entre los Estados parte del mismo (Alemania, España, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía), al Convenio de 1958. Son parte del Convenio de 1956 (no del de 1973): Austria, Bélgica y Liechtenstein.

La Convención de 1956 limita su ámbito de aplicación a los menores, a diferencia de la de 1973, que lo extiende también a aquellas personas designadas por la ley (cónyuges y ex cónyuges, hermanos, hijos mayores de edad, ascendientes, colaterales y afines). La primera estableció que dichas obligaciones se rigen por la ley de la residencia habitual del menor, lo que fue considerado en su momento una gran innovación. En la de 1973 las obligaciones alimentarias se rigen por la ley de la residencia habitual del acreedor (art. 4). "El domicilio o la residencia habitual es considerado como el factor de conexión más importante para determinar la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos. Esto se da aun en aquellos países comprometidos con el principio de la nacionalidad", y esto es así porque "está más íntimamente ligado a la vida diaria de la persona que su nacionalidad".

Conforme a la Convención de 1956, la ley de la residencia habitual del menor determina si éste puede reclamar alimentos, en qué medida, a quién, quién puede ejercitar la acción de reclamación y dentro de qué términos. Cada Estado puede aplicar su propia ley cuando: a) la demanda se presenta ante una autoridad de ese Estado; b) la persona a quien los alimentos se reclaman y el menor tengan la nacionalidad de ese Estado; c) la persona a quien se reclaman los alimentos tenga la residencia en el mismo Estado. Cuando la ley de la residencia habitual del menor le rehúse todo derecho alimentario, se aplicará la ley designada por las normas de conflicto nacionales de la autoridad requerida. La Convención proporciona una definición material autárquica de menor, como todo hijo legítimo, no legítimo o adoptivo, soltero y menor de 21 años. Con respecto a la jurisdicción, la base de jurisdicción que se elija no tiene demasiada importancia ya que el demandado puede ser considerado tanto por su nacionalidad como por su domicilio. Algunos Estados aceptan también la jurisdicción del domicilio del acreedor, no sólo para me-

nores sino también para cónyuges El fundamento de esta solución es la protección de la parte más débil y la conveniencia práctica de que los tribunales apliquen su propia ley (García).

La Convención de 1973 establece que cuando la ley de la residencia habitual del acreedor no le permite obtener alimentos, se aplica la ley de la nacionalidad común de acreedor y deudor alimentario (art. 5), y si esta última tampoco le diera derecho a alimentos, podrá recurrirse a la *lex fori* (art. 6). En las relaciones alimentarias entre parientes colaterales o por afinidad, el deudor podrá oponerse a la pretensión del acreedor si no existe tal obligación en la ley nacional común, o, a falta de nacionalidad común, en la ley interna de la residencia habitual del deudor (art. 7). Las relaciones alimentarias entre esposos divorciados se regirán por la ley aplicable al divorcio; lo mismo ocurre respecto a la separación de cuerpos, nulidad o anulación del matrimonio (art. 8). Establece a través de una norma material que al determinar el monto de la pensión, se deben tener en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, aunque la ley declarada competente disponga otra cosa. Se restringe el uso de la excepción de orden público (art. 11).

2. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

874. Los TMDCI de 1889 y de 1940 carecen de regulación específica de los alimentos como categoría autónoma. No obstante, ambos contienen normas cuyo ámbito de aplicación abarca las obligaciones alimentarias (García Altolaguirre). Las obligaciones alimentarias entre cónyuges pueden calificarse como relaciones personales (arts. 12 y 14 respectivamente en el Tratado de 1889 y de 1940); no podrían calificarse como relaciones patrimoniales porque el derecho alimentario es independiente de que el matrimonio esté sometido a uno u otro régimen patrimonial; además, "el derecho alimentario no puede ser objeto de un régimen convencional, propio de quienes celebraron capitulaciones matrimoniales (art. 40), ni puede permanecer petrificado por la ley del primer domicilio matrimonial (art. 43)" (Alfonsín). Las obligaciones alimentarias entre cón-

yuges, calificadas entonces como relaciones personales, se rigen por la ley del domicilio conyugal. Este criterio también se utiliza para determinar la jurisdicción internacional: son competentes para entender en las acciones a que den lugar las relaciones personales –incluyendo las alimentarias– entre cónyuges, los jueces del Estado donde éstos tienen su domicilio conyugal (arts. 62 y 59, respectivamente). Cuando los cónyuges se domicilian en el mismo Estado se aplica la ley de éste y son competentes los jueces de éste, porque es ahí donde se realiza el punto de conexión. Pero cuando los cónyuges están domiciliados en distintos Estados, el punto de conexión se ha definido como de realización imposible. La conclusión podría ser que el tratado carece de solución (Alfonsín, García Altolaguirre) y en consecuencia debe aplicarse el DIPr autónomo.

Pero también podría recurrirse a mecanismos subsidiarios, a través, por ejemplo, de una interpretación teleológica de la norma, que es brindar al cónyuge necesitado los instrumentos necesarios para hacer efectivo su derecho alimentario. Esta vía nos podría conducir a una interpretación flexible y amplia del punto de conexión. En sentido estricto, el punto de conexión domicilio conyugal se realiza allí donde ambos cónyuges viven de consuno. En sentido amplio puede interpretarse que se realiza en el Estado donde ambos viven separados. Pero cuando cada uno ha fijado su domicilio propio en Estados diferentes, se podría flexibilizar aún más la interpretación del punto de conexión jurídico "domicilio conyugal" y concluir que se realiza allí donde se domicilia el actor, por ser éste el Estado más interesado en solucionar el problema del que tiene derecho a percibir los alimentos. Esta solución es aplicable tanto a la determinación de la ley aplicable como a la de la jurisdicción competente. Serán los tribunales del domicilio del actor los más accesibles para éste. Pero también podría recurrirse, en materia de jurisdicción, al criterio general y universal *actor sequitur forum rei*, habilitando al actor a reclamar alimentos ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado, el deudor alimentario.

875. La calificación de las obligaciones alimentarias entre padres e hijos ha dado lugar a distintas posiciones doctrinarias. En primer lugar debe tenerse en cuenta que los Tratados de Montevideo no regulan en forma genérica la categoría filiación, sino que identifican distintos tipos filiato-

rios y los regulan en forma autónoma. Alfonsín sostiene que los alimentos entre padres e hijos no están condicionados por el ejercicio de la patria potestad sino por la filiación, por lo que concluye que en cuanto a la filiación legítima los tratados carecen de solución. Con respecto a la filiación ilegítima en cambio, éstos se regulan por la ley del Estado donde hayan de hacerse efectivos (arts. 18 y 22 respectivamente). Goldschmidt por su parte sostiene que los alimentos deben ser calificados como relaciones personales y regulados por la ley del Estado en el que se ejercita la patria potestad (arts. 14 y 18, respectivamente) Las obligaciones alimentarias entre padres e hijos adoptivos se rigen, conforme el artículo 23 del Tratado de 1940, por las leyes de los domicilios de adoptante y adoptado en cuanto sean concordantes.

Tendrán competencia para entender en las reclamaciones alimentarias entre padres e hijos legítimos, los jueces del Estado donde se ejerce la patria potestad (arts. 56 y 14 y 56 y 18, respectivamente), según la interpretación de Goldschmidt; entre padres e hijos ilegítimos, los del Estado donde se pretenda hacer valer el derecho alimentario (arts. 56 y 18 y 56 y 22, respectivamente). Entre padres e hijos adoptivos, tendrán competencia tanto los jueces del Estado del domicilio del adoptante como los del adoptado (arts. 56 y 23 TMDCI 1940; el de 1889 no regula la adopción).

El art. 38 del TMDCI de 1889, que refiere a las obligaciones que nacen sin convención, resulta inaplicable a las obligaciones alimentarias "pues no se refiere a las obligaciones *ex lege*, sino a los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos". En cambio su correlativo del TMDCI de 1940 (art. 43) sí regula las obligaciones *ex lege*, pero las somete a "la ley que regula las relaciones jurídicas a que corresponden", lo cual, "en el caso que nos ocupa, equivale a no decir nada" (Alfonsín).

De todas formas, como advierte Tellechea, la falta de disposiciones específicamente referidas a los alimentos ha dado lugar a "vacilaciones interpretativas en la determinación del régimen al cual se encuentra sometida la categoría", particularmente por parte de la jurisprudencia, "muchas veces vacilante y aun francamente injusta, que ha llegado a rechazar demandas en razón de entender que las sedes ante las cuales se han deducido carecían de competencia internacional; o que no ha reconocido sentencias extranjeras sobre el tema, por considerar que no habrían sido dictadas por tribunales poseedores de jurisdicción internacio-

nal". Cita al respecto la sentencia argentina del 12/9/1967, CNacCiv-E, que "respecto a una demanda de alimentos deducida en Buenos Aires, ciudad de domicilio del demandado, ex marido de la actora domiciliada en Montevideo, fallara denegando la competencia de los tribunales argentinos para conocer en la especie, en contra del tradicional principio atributivo de jurisdicción, *actor sequitur forum rei*" (*ED*, 20-123).

876. Las medidas conservatorias o de urgencia, por las que se fijan alimentos provisionalmente, con carácter territorial y al margen de las reglas de competencia internacional (García Altolaguirre), se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres, tutores o curadores (arts. 24 y 30 respectivamente). Tienen competencia de urgencia para fijar dichos alimentos provisionales, los jueces del Estado donde residen los arriba mencionados (art. 56 de ambos Tratados). Alfonsín sostiene que dentro del art. 24 sólo pueden calificarse los alimentos entre cónyuges, cuando son solicitados como medida urgente y excepcional, pero no entre padres e hijos, pues estos alimentos no dependen de la patria potestad. Los TMDProcI de 1889 y de 1940 regulan con alcance general, incluyendo por tanto el caso de los alimentos, lo relativo a los exhortos, medidas cautelares y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

B) Código Bustamante

877. La regulación del tema de los alimentos en el Código Bustamante adolece de indefiniciones e insuficiencias (Tellechea). La obligación alimentaria se considera como un efecto del matrimonio o del parentesco y se regula por la ley personal del acreedor alimentario (art. 67), por considerarse una consecuencia directa del estado de las personas. La ley personal es la del domicilio o la de la nacionalidad, o la que haya adoptado o adopte en el futuro la legislación interna (art. 7). Dicha ley determina el concepto de alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión del derecho (art. 67). Conforme al art. 68, se consideran de orden público internacional las normas que establecen el deber de prestar alimentos, su monto, reducción y aumento, la oportunidad en que son debidos, la forma de pago y la prohibición de renunciar o ceder ese derecho. Se afilia así a una noción de orden público in-

ternacional "apriorística y de amplio espectro", que reduce significativamente y en aspectos fundamentales, la actuación de la ley personal ajena al foro (Tellechea).

Los requisitos exigidos para la ejecución de sentencias extranjeras civiles en general (art. 423), entre las que se incluyen las de alimentos, son: a) que haya sido dictada por tribunal competente según el mismo Código; b) que las partes hayan sido citadas; c) que no contravenga el orden público ni el derecho público del Estado requerido; d) que el fallo esté ejecutoriado en el Estado que lo dictó; y e) que esté traducida y legalizada. La autoridad competente para entender en la ejecución es la que determine la ley del Estado requerido (art. 424). Establece un procedimiento para el exequátur (arts. 425 a 427) y la ejecución se realiza según la ley procesal del juez (art. 430).

C) Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias

878. La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, aprobada en Montevideo en 1989 en la CIDIP IV, ha sido ratificada por tres de los Estados miembros del MERCOSUR: Argentina, Brasil y Paraguay. Tiene como objeto:

> "(...) la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte" (art. 1.1).

Es decir que para que la relación jurídica esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención, deben darse los factores de internacionalización referidos: que el acreedor tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte, y el deudor tenga su domicilio o residencia habitual en otro Estado parte. Aun en el caso que acreedor y deudor tuvieren su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado parte, se internacionaliza la relación por el mero hecho de que el deudor tenga bienes o ingresos en un Estado parte distinto de aquél. Sostiene Opertti que el objetivo de esta norma es ampliar el ámbito de aplicación de la

Convención y con ello extender las posibilidades de protección del menor, agregando un factor de localización de cosas materiales, independiente de las tradicionales conexiones domiciliarias. Estarían también comprendidos los casos en que el acreedor tuviere su domicilio o residencia habitual en un Estado parte, el deudor lo tuviere en un Estado no parte, pero a su vez este último tuviere bienes o ingresos en otro Estado parte.

La introducción del factor de conexión "residencia habitual" con respecto al menor responde a la filosofía de la Convención, que apunta a la protección del menor; a esos efectos cobra importancia la no dependencia del domicilio forzoso en el de su representante legal. Soluciona en la materia los problemas que plantea la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas (CIDIP II), en especial su art. 3. La residencia habitual constituye el "verdadero asiento real del menor", su "centro de vida", definición incluida en el art. 3 del Convenio bilateral sobre protección internacional de menores celebrado entre Argentina y Uruguay y en el art. 3 del Convenio sobre restitución internacional de menores celebrado entre Chile y Uruguay (Opertti). La falta de una definición autárquica de "residencia habitual" en la Convención sobre alimentos, no impide

> "(...) examinar de modo pragmático, en cada caso –buscando la solución del caso concreto– para establecer dónde tiene su residencia habitual el menor, con un criterio realista que contemple el carácter esencialmente fáctico de la situación y objetivice los elementos exigibles y comprobables –v.gr. la duración–, alejándolos así del *animus*, concepto no tasado en términos de precisión suficientes. En suma, la adopción del criterio de la residencia habitual obedece a fundadas razones de evolución de las ideas, orientadas hacia fórmulas más realistas" (Opertti).

El ámbito de aplicación de la Convención comprende en principio las obligaciones alimentarias respecto de menores y también a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales (art. 1.2). Pero éste puede ser restringido sólo a obligaciones alimentarias respecto de menores, mediante declaración efectuada por los Estados al suscribir, ratificar o adherir a la Convención (art. 1.3). El ámbito de aplicación de la Convención también puede ser ampliado, mediante declaración de los Estados al suscribir, aceptar, ratificar o adherir, así como con posterioridad a la vigencia de la misma, "a las obligaciones

alimentarias a favor de otros acreedores; así mismo podrán declarar el grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor de alimentos en sus respectivas legislaciones" (art. 3).

Se incluyó una definición material autárquica de "menor", para evitar las disparidades en las soluciones a que conduciría una solución exclusivamente de conflicto. Conforme al art. 2, "a los efectos de la presente Convención se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años". Esta norma no obstante no afecta las disposiciones sobre la materia, ya que se aplica exclusivamente a los efectos de la Convención. No obstante, agrega la norma en forma preceptiva y no meramente facultativa, que "sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quienes habiendo cumplido dicha edad, puedan resultar acreedores de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable prevista en los artículos 6 y 7". Se trata de una norma de armonización de carácter subsidiario, que hace predominar la conexión más favorable al acreedor alimentario.

Se incluye "(...) una verdadera regla de *jus cogens*, de índole material, de aplicación directa, que se impone a los Estados contratantes, sin quedar supeditada a la adopción de disposiciones de carácter interno" (Opertti), que establece el deber de reconocimiento universal del derecho alimentario e impone el principio de no discriminación: "toda persona, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación, tiene derecho a recibir alimentos" (art. 4). La enumeración de las causales de discriminación no es taxativa sino meramente enumerativa. Esta norma se basa en las convenciones internacionales y regionales sobre derechos humanos, especialmente en el art. 19 de la Convención americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica y en el art. 1 del TMDCI de 1940. Sostiene Opertti que esta norma "consagra un deber de reconocimiento del derecho alimentario que extraterritorializa la protección, sujeta a la condición de la residencia habitual en uno de los Estados parte".

El art. 5 confirma el carácter de categoría autónoma y singular de las obligaciones alimentarias con relación a las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de alimentos. Si bien esta fórmula acoge el criterio de no prejuzgamiento de La Haya, "ello no impide reconocer que el supuesto más normal del derecho alimentario es la filia-

ción o vínculo de familia jurídicamente establecido con alcance general" (Opertti).

879. En materia de derecho aplicable, la Convención adopta una solución particularmente flexible, orientada materialmente por el resultado (Santos Belandro), en la que se otorga a la autoridad competente amplias facultades de decisión, pudiendo ésta optar entre puntos de conexión alternativos: "a) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor" (art. 6). No obstante, esa discrecionalidad tiene un límite fundamental, que constituye el criterio rector de la Convención: el interés del acreedor de los alimentos. Se observa aquí una clara influencia de Cavers, quien plantea la necesidad de flexibilizar el sistema de conflicto clásico, de justicia formal y abstracta, *a priori* del caso concreto, con el objetivo de alcanzar la justicia sustantiva en el caso a resolver. Su máxima *look before you leap* es descriptiva de su teoría. Nótese que si bien la determinación de cuál es la ley más favorable al menor queda "a juicio de la autoridad competente", esto no obsta a que el actor "haga expresa invocación de ella a ese título, sin perjuicio de la aplicación de oficio del derecho extranjero correspondiente" (Opertti).

Herbert se ha manifestado partidario de esta flexibilización metodológica, a través de la introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribuciones a la actividad del juez, por entender que éstos "pueden redituar, aun dentro de una metodología conflictualista previsible, beneficios notables en la operatividad de las convenciones". Pero advierte que:

> "(...) la flexibilización del punto de conexión –que se manifiesta por la postulación de alternativas e interpretaciones amplias– sólo se justifica en la medida en que exista un criterio rector básico (factor teleológico), que permita el manejo de esas alternativas o interpretaciones en forma razonable, con criterio unívoco y no arbitrario (función del decisor)".

Esto es lo que pretende hacer la Convención interamericana sobre alimentos.

Señala Opertti que:

> "(...) el empleo indistinto del domicilio o de la residencia habitual tanto del menor como del deudor alimentario (...) sólo busca conciliar posturas adversarias sobre la conexión, expresadas de modo particular en la defensa por cierta parte de la doctrina de la sobrevivencia de los llamados domicilios del representado, legales o forzados".

La convención no limita la elección del derecho aplicable a los de Estados parte de la misma; por el contrario, de acuerdo al art. 6, podría resultar aplicable el derecho de un Estado no parte, si la conexión elegida se realizara en un Estado no ratificante. Sería el caso, por ejemplo, que el menor tuviere su residencia habitual en un Estado parte, el deudor la tuviere en un Estado no parte, pero a su vez este último tuviere bienes o ingresos en un Estado parte. El derecho que resulte aplicable regirá: "a) el monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo; b) la determinación de quiénes pueden ejercer la acción alimentaria a favor del acreedor; y c) las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos" (art. 7).

880. El artículo 8 incluye una serie de jurisdicciones alternativas entre las cuales puede optar el acreedor alimentario: a) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o c) el del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos. Se le brinda también al actor la posibilidad de la prórroga, a condición de que el demandado en el juicio comparezca sin objetar la competencia. Es decir que, a diferencia de lo establecido en el art. 56 del TMDCI de 1940, se acepta la sumisión tácita a la prórroga de jurisdicción.

Con respecto a las acciones revisivas, el art. 9 establece que con respecto a las acciones de cese o reducción, sólo tienen competencia las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los alimentos; en cambio con respecto a las acciones de aumento de los alimentos, el actor tiene las mismas opciones de jurisdicción establecidas en el art. 8 para las solicitudes iniciales de alimentos. La *ratio* de esta solución es facilitar al acreedor de alimentos la posibilidad de lograr una mejora en las

prestaciones que recibe, y limitar la posibilidad del deudor de reducir o cesar dichas prestaciones.

881. La Convención establece, en una norma material imperativa, que "los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentario, como a la capacidad económica del alimentante" (art. 10). En su segunda parte, esta norma prevé que el acreedor alimentario mantiene sus restantes derechos cuando el juez, mediante la adopción de medidas provisionales o cautelares o incluso aquellas que impone la ejecución de la sentencia, asegura un monto inferior al de la petición correspondiente. Quiere decir que si no se satisfizo totalmente la pretensión desde el punto de vista cuantitativo, queda a salvo la posibilidad de reclamar por la diferencia en menos (García Altolaguirre).

882. La Convención incluye normas que regulan la cooperación procesal internacional en la materia específica de alimentos, con soluciones armónicas con las de las Convenciones interamericanas que regulan la cooperación en forma general. El art. 11 establece la eficacia extraterritorial en los Estados parte de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias, expresión amplia que incluye tanto las que fueron dictadas en procesos de fijación de alimentos como en los revisivos, así como las resoluciones interlocutorias, medidas provisionales y aquéllas dictadas en juicios de nulidad, divorcio o separación (art. 17). Advierte García Altolaguirre que en el art. 17 no se trata de atribuir jurisdicción en materias de familia, sino de reconocer competencia indirecta a estos jueces para ejecutar sus decisiones en materia de alimentos. Agrega que la regulación de la cuestión principal no se confunde con la categoría *alimentos* y, en consecuencia, la autonomía entre las categorías en juego permite que la pensión alimentaria tenga efecto al atribuirle a texto expreso por lo menos, carácter de ejecutables a las sentencias interlocutorias.

Se exige que las sentencias extranjeras cumplan con ciertos requisitos formales y procesales, los cuales fueron tomados del art. 2 de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales (CIDIP II). Estos son que el sentenciante tuviere competencia en la esfera internacional conforme a las reglas de la propia

Convención, que la sentencia y los documentos adjuntos estén legalizados, traducidos y revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de procedencia, que se haya cumplido con las garantías del debido proceso, equivalentes a las del Estado requerido y que la sentencia tenga el carácter de firme en el Estado donde se dictó. Este último requisito responde a que la sentencia extranjera no puede tener, en el Estado donde se pretende hacer valer, mayores efectos que en el Estado donde se dictó. Se utilizó la expresión "firmes" en vez de ejecutoriados o con carácter de cosa juzgada en virtud de las características propias de las sentencias de alimentos, que no revisten la calidad material de fallos con autoridad de cosa juzgada (Informe del relator). Si existiere apelación, ésta no tendrá efecto suspensivo. Se trata esta última de una norma sustantiva de derecho uniforme, consagrada en todas las legislaciones, que tiene por finalidad proteger al acreedor (García Altolaguirre).

La solicitud de cumplimiento de la sentencia debe ir necesariamente acompañada de copia auténtica de la misma, de copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha cumplido con las garantías del debido proceso y del auto que la declara firme o que acredita que ha sido apelada (art. 12). El control de los requisitos exigidos por la Convención para la ejecución de la sentencia extranjera de alimentos lo debe efectuar directamente el juez que deba conocer de la ejecución, en forma sumaria, con audiencia de la parte obligada y vista al Ministerio Público, sin entrar en la revisión del fondo del asunto (art. 13). No obstante, los Estados podrán declarar, al suscribir, ratificar o adherir a la Convención, "que será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera" (art. 18). No se exigirá ningún tipo de caución al acreedor por tener éste nacionalidad extranjera o residencia habitual en otro Estado; además, se establece la obligación del Estado requerido de reconocer el beneficio de pobreza declarado por el requirente a favor del acreedor, debiendo aquél prestarle asistencia judicial gratuita (art. 14).

883. El art. 15, en consonancia con los arts. 2.a) y 10 de la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II), establece que:

> "Las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte en esta Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte o a través del agente diplomático o consular correspondiente, las medidas provisionales o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o por instaurarse",

sin perjuicio de cuál sea la jurisdicción internacionalmente competente. Es suficiente que el bien o los ingresos objeto de la medida se encuentren dentro del territorio donde se promueve la medida. De la misma forma que lo establece el art. 6 de la Convención de 1979, el art. 16 establece que el otorgamiento de la medida cautelar no implica el reconocimiento de la competencia en la esfera internacional del requirente ni el compromiso de reconocer la validez o ejecutar la sentencia que se dictare.

884. Las disposiciones generales de la Convención reafirman su objetivo fundamental de facilitar al acreedor de alimentos la efectivización de sus derechos, y la obligación de los Estados de coadyuvar a la realización de dicha finalidad. El art. 19 establece que "los Estados parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio". El texto aprobado restringió el compromiso de los Estados a la medida de sus posibilidades, sustituyendo la fórmula imperativa del proyecto ("suministrarán") por otra de índole programática ("procurarán suministrar"), debido a que algunas delegaciones plantearon que no estaban en condiciones de proteger a sus propios menores, y que podrían darse situaciones en que se pretendiera abusar de la generosidad de un Estado, por lo que había que evitarlo. No obstante, y aunque no existiera esta norma, como señala García Altolaguirre, existe un principio universalmente admitido de que los Estados tienen el deber de tomar medidas provisionales mínimas de protección, cuando un menor se encuentre transitoriamente en su territorio desprovisto de protector.

885. Se incluye también una norma material, cuyo antecedente es el art. 10 de la Convención de Nueva York de 1956, que establece el compromiso de los Estados parte a facilitar la transferencia de fondos que procediere por aplicación de la Convención (art. 20). Tiene por finalidad

evitar las trabas en la percepción de las pensiones y mantener el *quantum* de la moneda reclamada, lo que resulta fundamental cuando en el Estado de que se trata hay control de cambios o restricciones a las transferencias de fondos al exterior (García Altolaguirre). El art. 21 prioriza la *lex fori* cuando ésta sea más favorable al acreedor, a través de la prohibición de interpretar las disposiciones de la Convención de modo que restrinjan los derechos que tenga el acreedor de alimentos conforme a la ley del foro. También se incluye la fórmula interamericana de la excepción de orden público (art. 22), la cual en Uruguay tendrá necesariamente el alcance restrictivo que le otorga la Declaración de 1979 (ver Cap. 7), referido exclusivamente a los casos en que se ofenden en forma concreta, grave y manifiesta los principios esenciales del orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica. Además de las disposiciones finales de estilo, la Convención incluye en el art. 29 una cláusula de armonización de los distintos textos positivos que regulen la materia, que le asigna, en principio, carácter prioritario a la presente Convención; y en el art. 30, la cláusula de solución más favorable.

3. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños

A) Argentina

886. El sistema de DIPr argentino en materia de alimentos se construye sobre la base de un conjunto de convenios internacionales celebrados tanto dentro del ámbito del DIP como del DIPr. Los primeros consagran la obligación de prestar alimentos de forma que ningún sujeto quede excluido del derecho a percibirlos por el hecho de ser extranjero, menor o residir en otro país. En este sentido se pronuncian los convenios incorporados a la Constitución nacional (art. 75, inc. 22), por ejemplo, la Declaración universal de derechos humanos (art. 25.1), el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (art. 11.1) y la Convención sobre los derechos del niño (art. 27.4). Reconocen que se trata de un derecho individual humano o autónomo pero guardan silencio sobre el problema de la ley aplicable, la jurisdicción competente y la ejecución de la sentencia. En el estricto ámbito del DIPr, nuestro país acaba de agregar un

texto fundamental a su ordenamiento: la ya tratada Convención interamericana de 1989, que ha sido aprobada por Ley N° 25.593, de 22/5/2002 (*BO*, 14/6/2002). Ahora tenemos una Convención moderna junto a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y la Convención de Nueva York de 20 de junio de 1956 (Ley N° 17.156, *BO*, 10/11/1967). Cabe recordar también que la Convención interamericana sobre medidas cautelares de 1979 (aprobada por Ley N° 22.921, *BO*, 27/9/1983) contempla expresamente la fijación de alimentos provisionales por parte de las autoridades jurisdiccionales competentes en la esfera internacional sin definir criterios de competencia (art. 2.a).

887. Para determinar el derecho aplicable a la obligación de prestar alimentos en las situaciones con elementos extranjeros existen dos posibilidades: una de ellas es incluir la cuestión en el ámbito de otras normas de conflicto regulatorias de las relaciones jurídicas de familia, en cuyo caso la ley aplicable a dicha obligación será la que rija las relaciones entre los cónyuges, la filiación, el divorcio, etc. La otra consiste en elaborar una norma de conflicto específica que señale la ley aplicable a la obligación, independizándola de la relación jurídica de la cual deriva.

La política legislativa de Argentina se inclinó por la primera de estas opciones. La normativa vigente tutela la prestación alimentaria desde diversos ángulos y tiende a repartirse entre la familia y el Estado que la protege de forma integral (art. 14 bis de la Constitución nacional). Las normas pertinentes declaran su indisponibilidad e intangibilidad preservándola contra actos del propio beneficiario. Se estructura un procedimiento ágil y eficaz, que previene los prejuicios que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento del obligado a la vez que prevé medios de compulsión tendentes a modificar la voluntad renuente de éste. Además, frente a los acreedores del alimentado defiende el crédito por alimentos al declararlo inembargable.

888. Entre las fuentes de la obligación alimentaria pueden mencionarse las siguientes:

– las que derivan del matrimonio que consagra el deber de asistencia recíproca entre los cónyuges y tiene un aspecto moral y otro material (art. 198);

– la posibilidad de establecer alimentos provisorios para el actor (art. 375) y la que se establece como medida cautelar en el juicio de separación o divorcio (art. 231), anticipando así la tutela jurisdiccional (como no se halla previsto un procedimiento específico de esta prestación provisional la doctrina estima que pueden disponerse por vía incidental o por trámite cautelar);

– la obligación alimentaria que proviene de los efectos de la separación personal (arts. 207 a 210) y la extensión del campo de su aplicación al divorcio vincular (art. 217).

– la naturaleza asistencial se aprecia de modo relevante en la relación alimentaria existente entre padres e hijos, con fundamento en los deberes de la patria potestad (arts. 265 a 269, 271, 272 y art. 13 de la Ley N° 10.903, texto conforme Ley N° 23.264) y por el parentesco de la adopción (art. 323 conforme Ley N° 24.779, BO, 1/4/1997).

– la obligación alimentaria recíproca entre ascendientes y descendientes, sean matrimoniales o extramatrimoniales, estableciéndose quiénes son los sujetos obligados a tal prestación y el orden correlativo de cumplimiento (arts. 367 y 368 corregidos por la Ley N° 23.264); para que se configuren las causales que darán origen al deber de alimentos, es necesaria la existencia de dos requisitos: uno subjetivo, el vínculo de parentesco que dará origen a la vocación alimentaria y otro objetivo, el pariente que lo requiera deberá probar: a) que le faltan medios para alimentarse y b) que no los puede adquirir con el fruto de su trabajo (art. 370);

– fuera de la órbita de las relaciones familiares, se impone la obligación alimentaria al donatario a favor del donante, siempre que la donación sea sin cargo (art. 1837), y la que nace como consecuencia del legado de alimentos (art. 3790).

Ahora bien, cabe señalar que no todas las relaciones mencionadas poseen normas correlativas de DIPr que determinen el derecho aplicable y la jurisdicción competente; la excepción está dada por los supuestos captados por la ley de matrimonio y divorcio vincular.

889. El texto originario del Código Civil de Vélez Sársfield aplicaba a los derechos y las obligaciones personales de los cónyuges la ley del domicilio conyugal (art. 160). Producida la reforma con la sanción de la Ley N° 2393/1888, los efectos personales del matrimonio pasaron a regirse

por las leyes de la República mientras los cónyuges permanecieran en ella cualquiera fuera el país en que hubieran contraído el matrimonio. En 1987 se sanciona la Ley N° 23.515 (*BO*, 12/6/1987) que califica el domicilio conyugal como el lugar donde los esposos viven de consuno (art. 162), reconociendo a ambos la misma potestad para fijar de común acuerdo el lugar de la residencia de la familia (art. 200).

Se retorna al sistema primigenio al elegir el domicilio conyugal como conexión principal determinante de ley aplicable al derecho a percibir alimentos, y la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, subsidiariamente se acude a la última residencia. En cuanto a la determinación del monto alimentario se adoptó una reglamentación diferenciada por ser el acreedor la parte más débil de la relación jurídica. Se utilizan dos puntos de conexión, el domicilio conyugal y el domicilio del demandado, con la obligación para el juez de aplicar el derecho más favorable a la prestación alimentaria. El mayor o menor grado de necesidad será uno de los elementos a considerar por el magistrado para la fijación del monto; como asimismo, otro factor relevante es el caudal económico del demandado, comprendiendo tanto su activo como su pasivo. Mediante esta norma alternativa se armonizan los distintos aspectos implícitos en la prestación, solución que importa que el factor axiológico juegue un papel preponderante sobreponiéndose a la ortodoxia de las soluciones puramente jurídicas. Las medidas urgentes, contempladas en la norma sobre las relaciones personales, se rigen por la ley del juez que entiende en la causa. En consecuencia, tal derecho es de aplicación frente al supuesto de alimentos provisionales.

890. Mientras que el deber alimentario entre los cónyuges ha sido legislado a través de normas conflictuales, no sucede lo mismo con las otras relaciones de familia. A fin de colmar esta laguna normativa en su momento se propuso la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo de 1889 o de 1940. Tal extensión realiza la CNacCiv basándose en el art. 16 CC, "en cuanto establece que si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales de derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". (CNacCiv-A, 8/4/1985, "*B. de M. y C., I. y*

otro c/ M. y C., A.", *LL*, *1986*-D-163). Pero ninguno de los Tratados contiene una previsión expresa sobre esta prestación salvo la que se deben los cónyuges, siempre que se domicilien en el mismo Estado. Para el supuesto en que se domicilien en países diferentes persistía la laguna. Desde que Argentina ha ratificado la Convención de la CIDIP IV, el recurso a la analogía debe tener en cuenta las normas de este texto, más completo, más próximo y más adecuado a los valores actuales presentes en el ordenamiento argentino.

891. Con anterioridad a la reforma del CC el tema de la jurisdicción internacional carecía también de una respuesta positiva. El CPCN contiene una regla especial que establece que en los juicios de alimentos será competente el juez "del juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, mientras durare la tramitación de éstos últimos" (art. 6.3), disposición que resultaba coherente con el art. 104 de la derogada Ley N° 2393. Una vez finalizada la tramitación del juicio principal o en caso de inexistencia, la competencia se regirá por la norma general del citado cuerpo legal que dispone que en materia de acciones personales, será competente el juez del lugar en que debe cumplirse la obligación y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación. El que no tuviere domicilio fijo, podrá ser demandado en el lugar que se encuentre o en el de su última residencia (art. 5.3).

892. A falta de convenciones internacionales y de normas internas sobre jurisdicción internacional la doctrina consideraba que existe un derecho procesal internacional consuetudinario que prescribe la aplicación de las normas nacionales sobre competencia territorial (Boggiano, Perugini). Es así que la jurisprudencia decidió que el accionante por alimentos contaba con las siguientes jurisdicciones: a) si está pendiente el juicio principal por divorcio o nulidad de matrimonio, el juez que trata esas acciones; b) si los juicios ya han terminado, el juez del domicilio del accionante (lugar donde debe cumplirse la obligación o el juez del domicilio del demandado, o el de su residencia; señalándose que los códigos provinciales contienen en su mayoría disposiciones similares. La cone-

xión de la residencia surge de la calificación que realiza el tribunal siguiendo a la doctrina, de la petición de alimentos como una medida urgente (fallo citado precedentemente). Esta línea argumental repercutió notablemente en el legislador al elaborar la Ley N° 23.515, pues cuando se trata de acción de divorcio y paralela acción de reclamación de alimentos, atribuye competencia a los tribunales del último domicilio conyugal efectivo o a los del domicilio del cónyuge demandado.

Sin embargo, vale la pena insistir en que, aprobada la Convención interamericana de 1989, resulta mucho más lógico recurrir a ella para colmar las lagunas de regulación. En un caso que no caiga dentro del estricto ámbito de aplicación de la Convención, de cualquier modo sus normas serán en principio mucho más adecuadas para resolver el supuesto que las normas previstas para los casos internos y, por lo tanto, elaboradas sin tener en cuenta el dato esencial de la vinculación a distintos ordenamientos.

B) Brasil

893. El derecho de los alimentos resultantes de la relación familiar en el plano del DIPr brasileño se encuentra regulado en el art. 7 de la LICC y, como ya se ha visto, en las convenciones internacionales vigentes en Brasil. El mencionado art. 7 LICC dispone que "la ley del país en que fuere domiciliada la persona determina las reglas sobre el comienzo y el fin de la personalidad, el nombre y los derechos de familia". Por consiguiente, las prestaciones alimentarias son regidas por la ley brasileña, en relación con los domiciliados en Brasil.

894. Respecto de la Convención de Nueva York de 1956, el Decreto Ejecutivo N° 58.826/1965 designó la Procuraduría General del Distrito Federal para asumir, en Brasil, las funciones de autoridad remitente e institución intermediaria. Posteriormente, las atribuciones de institución intermediaria fueron conferidas a la Procuraduría General de la República, como resultado de la instauración de la Justicia Federal, en los exactos términos del art. 26 de la Ley N° 5478/1968:

> "(...) es competente para las acciones de alimentos resultantes de la aplicación del Decreto Legislativo N° 10, de 13 de noviembre de 1958,

> y Decreto N° 56.826, de 2 de septiembre de 1965, el juzgado federal de la capital de la Unidad Federativa brasileña en que reside el deudor, siendo considerada institución intermediaria, para los fines de los referidos decretos, la Procuraduría General de la República".

Dicho artículo ha generado alguna controversia acerca de su interpretación. Yussef Said Cahali afirma que se alteró el significado anterior a la promulgación de la Convención, el cual, reconocida la competencia del STF para la homologación de la sentencia extranjera de alimentos, atribuía a la justicia común estatal la competencia para su ejecución. En cambio, en razón de lo que consagra el art. 26 de la Ley N° 5478/1968, tal significado habría cambiado y la competencia para las acciones de alimentos resultantes de la aplicación de la Convención de Nueva York pasaría a ser atribución de la Justicia Federal. En sentido opuesto, entiende Jacob Dolinger que, si por un lado la Ley N° 5478/1968 estipuló en su art. 26 la competencia de la Justicia Federal de donde reside el deudor de alimentos para las acciones resultantes de la Convención de Nueva York, por otro, la Constitución de 1988 no incluye en su art. 109, entre las atribuciones de la Justicia Federal, las cuestiones de alimentos suscitadas por la Convención. Este también es el posicionamiento adoptado por el STJ que, en sus sentencias, repetidas veces viene afirmando que compete a la justicia común del Estado procesar y juzgar la acción de alimentos pertinente al Decreto N° 58.826/1965, cuando el deudor esté domiciliado en el exterior (en ese sentido, el Conflicto de Competencia N° 20.175/SP, 1998). Se destaca que la Justicia Federal sólo es competente para el proceso de juzgamiento de acción de alimentos cuando la Procuraduría General de la República actúa como institución intermediaria. Así resulta de las decisiones del STJ en CC 13.093/RJ, 1995; CC1594/DF, 1991; y CC 6654/RJ, 1994.

C) Paraguay

895. Con relación a los menores, el ordenamiento jurídico paraguayo se remite a la Ley N° 903/81 (Código del Menor –CM–). Este Código en el art. 1 establece el ámbito de aplicación material, diciendo: "este Código regula los derechos y garantías de los menores desde su concep-

ción hasta la edad de veinte años cumplidos, en que termina la minoridad y comienza la mayoría de edad". En cuanto a la competencia jurisdiccional está determinada por el lugar de residencia del menor y en los casos en que este Código señale el procedimiento del juicio ordinario, será juez competente el del domicilio del demandado (art. 278 CM). En efecto, en materia de prestaciones alimentarias, será competente para entender, el juez de menores del domicilio o de la residencia del menor, o de la mujer grávida, según resulte más conveniente para sus derechos (art. 289 CM).

896. En cuanto a la ley aplicable, el CC paraguayo no establece ninguna norma específica. No obstante, la regla *lex loci solutionis* del art. 17 –del que nos ocupamos en los capítulos correspondientes a las obligaciones contractuales y extracontractuales– es aplicable igualmente a este tipo de obligaciones (Centurión). Esta legislación coincide normalmente con la ley de residencia del menor.

D) Uruguay

897. No existen normas en el DIPr nacional uruguayo que regulen los alimentos como categoría autónoma. Las obligaciones alimentarias entre cónyuges pueden calificarse como relaciones personales entre cónyuges, que conforme al art. 2396 se regulan por la ley del domicilio conyugal. Son competentes los jueces del Estado del domicilio conyugal o los del domicilio del demandado (art. 2401). Las obligaciones alimentarias entre padres e hijos, sostiene Alfonsín, no están comprendidas en el art. 2396, aunque a primera vista podría pensarse que sí, porque "este artículo sólo se refiere a las relaciones entre padres e hijos atinentes a la patria potestad", y los alimentos, en opinión del maestro uruguayo, son ajenos a la patria potestad.

898. Con respecto a las demás obligaciones alimentarias, la laguna normativa debe ser llenada recurriendo a la analogía, los principios generales y las doctrinas más recibidas, las cuales están contenidas principalmente en la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, suscrita por Uruguay en Montevideo, en 1989 (CIDIP-IV) –aunque

no ratificada–, y también en los convenios bilaterales que vinculan al país con Perú (Convenio sobre reclamación internacional y ejecución de sentencias en materia de alimentos entre la República Oriental del Uruguay y la República del Perú, aprobado por Uruguay por Decreto-Ley N° 15.719, del 7/2/1985) y con España (Convenio uruguayo-español sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales en materia de alimentos, aprobado por Uruguay por Ley N° 15.987 del 16/11/1988).

899. Con respecto a la relación alimentaria entre padres e hijos, puede ocurrir que la ley aplicable a los alimentos sólo la establezca mediando filiación establecida, o que asimismo lo haga cuando existe "filiación declarada al solo fin de que el descendiente perciba alimentos" (Alfonsín). Como ejemplo de esta última hipótesis cabe mencionar lo establecido por el art. 173 del Código del Niño del Uruguay (aprobado por Ley N° 9342, del 6/4/1934). Alfonsín sostiene que en el primer caso, la filiación, como cuestión previa, debe ser establecida por la ley reguladora de la filiación, y si conforme a ésta no se demuestra el vínculo filiatorio, los alimentos serán denegados. En cambio en el caso de la filiación alimentaria, la cuestión previa debe ser resuelta conforme a la misma ley que regula los alimentos y por la misma judicatura que entiende en la acción alimentaria; si conforme ésta hay filiación alimentaria, ninguna ley reguladora de la filiación impedirá que se fijen los alimentos.

Bibliografía complementaria

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996; DÍAZ DE GUIJARRO, E., "La competencia múltiple en materia de alimentos como garantía de rápida prestación", *JA*, 1989-II-570; DREYZIN de KLOR, A. / URIONDO DE MARTINOLI, A., "El derecho internacional privado matrimonial en la Ley 23.515", *LL*, 1988; GARCÍA ALTOLAGUIRRE, C., "Las obligaciones alimentarias en el derecho internacional privado interamericano", *RUDProc*, 1990/2; HERBERT, R., *Perspectivas de la IV Conferencia especializada de derecho internacional privado. Su temática de menores*, Montevideo, IIN, 1988 (doc. OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc.16/89); JURE, F., "Las obligaciones alimentarias en el derecho internacional privado", en DREYZIN

de KLOR, A. (coord.), *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996, pp. 143-163; OPERTTI BADÁN, D., *Exposición de Motivos del Proyecto de Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores*, Montevideo, IIN, 1988 (doc. OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV-/doc.7/88); PERUGINI, A., "Jurisdicción internacional alimentaria entre cónyuges", *LL*, 1986-D-163; SANTOS BELANDRO, R., *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias: Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Montevideo, 1991; SANTOS BELANDRO, R., "Reclamaciones alimentarias en el ámbito internacional", *RUDF*, 1993; TELLECHEA BERGMAN, E., *Derecho internacional privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores. Bases para futuras convenciones interamericanas*, Montevideo, IIN, 1988; Vaz FERREIRA, E. y otros, *Obligación alimentaria familiar en América Latina*, Montevideo, IIN, 1988.

Capítulo 21

Sucesión hereditaria

Jorge R. Albornoz

I. Aspectos generales

900. El problema de la transmisión de los bienes de la persona fallecida a otros sujetos constituye una cuestión en la que se advierten diferentes concepciones en cada ordenamiento jurídico, enraizadas en características culturales, sociales y religiosas que nutren a cada nación. La idea jurídica sobre "qué es lo que debe hacerse" con los derechos transmisibles de la persona que muere, suscita especiales dificultades en los casos internacionales, en razón de las regulaciones internas a veces fuertemente cargadas de "orden público", con cauces más estrechos que en otras materias en las que el poder decisorio de los particulares cuenta con un mayor margen de decisión autónoma. De allí los inconvenientes en alcanzar niveles de consenso suficiente como para generar convenios internacionales unificadores de normas, no ya de carácter material, sino meramente indirecto (conflictual).

Desde una perspectiva puramente interna de cualquier país, el tema sucesorio motiva la preocupación de quien toma la decisión de disponer a voluntad de los bienes que dejará al final de su vida, como asimismo la de quienes expectan acerca de qué y cómo heredarán, y hasta del Estado previendo la posibilidad de convertirse en propietario de bienes "vacantes" para aplicarlos a fines de utilidad y bien público (ej.: educación). Más allá del interés estatal concreto ante una eventual vacancia sucesoria, existe el interés por tener un sistema que permita el traspaso de ma-

nera ordenada, por carriles de razonable seguridad, garantizando el pago de los tributos pertinentes, contemplando con justicia el ingreso de cada cosa o bien inmaterial relicto al patrimonio de otros sujetos, legitimados por el juego armónico entre la voluntad del causante y la voluntad legal, en tanto esta última puede determinar la imposibilidad de privar a ciertas personas de porciones razonables en "lo dejado" por aquél.

901. Si el tema sucesorio de por sí es intrincado, cuando el caso es internacional todo se complica; ello no es novedad. Quizás la complejidad sea especial debido a las divergencias, a veces muy profundas, que existen en la regulación material interna de cada Estado, íntimamente vinculada con las tradicionales divergencias conceptuales entre los sistemas de "sucesión en la persona" y de sucesión en los bienes. Tales ideologías sucesionistas provienen, por una parte, de la concepción romana que elabora la tesis de la continuación de la personalidad del causante con la consecuente transmisión en masa de todo su patrimonio, y por la otra, de la concepción germánica de la sucesión "en los bienes", como transmisión o "reparto" de los bienes relictos entre determinadas personas supérstites, los herederos, que no continúan la persona del causante. Cabe recordar que este último sistema, en sus orígenes, consistía en la entrega de los bienes al hijo varón mayor de edad, quien pagaba todas las deudas y se quedaba con el remanente, por lo que no había confusión de patrimonios, ni las deudas del difunto pesaban sobre bien alguno del heredero.

Según los estudios comparatistas de H. Leleu (cit. por María Elsa Uzal), en las diversas legislaciones nacionales se configuran diferentes maneras de reglamentar la transmisión de los bienes del causante a quienes resulten herederos. Así, se encuentran sistemas de "transmisión instantánea", en los que el patrimonio relicto pasa de manera inmediata a tener un nuevo titular. Sería el caso del derecho argentino en cuyo régimen los bienes se transmiten a los herederos desde el mismo momento de la muerte del titular (caben aquí las figuras de la renuncia y de la aceptación con o sin beneficio de inventario). Hay sistemas en los que se produce un *impasse* entre la muerte y la aceptación por los herederos. Es una especie de vacancia provisoria que culmina cuando los herederos aceptan la sucesión y entonces la transmisión se opera de manera "directa", aunque no instantánea (o inmediata) sino "diferida". Por otro lado,

aparecen los sistemas angloamericanos de transmisión "indirecta" y "diferida". Los bienes son transmitidos a un administrador o ejecutor, a quien se le confía la sucesión para que pague las deudas y liquide el remanente a los herederos. Luego se produce una segunda transmisión del ejecutor (*personal representative*) hacia los herederos.

Más allá de lo someramente señalado, el entronque en la concepción romanista o germánica conlleva otras consecuencias, como las relacionadas concretamente con el tratamiento de las cuestiones atinentes a las deudas dejadas por el causante. La ficción de la continuidad de la persona del difunto por el heredero, conduce a hacerlo responder *ultra vires* comprometiendo incluso sus propios bienes para saldar las deudas "heredadas". De otro lado, entendida la transmisión sucesoria como un traspaso patrimonial de activo y pasivo, surge la posibilidad de liquidar y pagar las deudas hasta el límite del activo sin interesar al patrimonio del heredero (responsabilidad *intra vires hereditatis*).

En el orden de ideas preseñalado, algunos ordenamientos afiliados al *ultra vires* permiten al heredero limitar su obligación por las deudas del difunto, pero establecen la aceptación tácita de la herencia (v.gr. Austria, Bélgica, Francia, Italia, Holanda, Suiza). Otros países consagran el *ultra vires* pero con muchas posibilidades de limitación, con lo cual la regla viene a ser, en la práctica, la inversa (v.gr. Alemania con la "opción hereditaria"). El derecho inglés, partidario de la responsabilidad *intra vires*, opera la doble transmisión a que antes hemos hecho referencia, por intermedio del *trustee* o *personal representative*.

1. Alcance de la antinomia "unidad vs. pluralidad sucesoria"

902. La oposición de criterios derivados de las concepciones romanista y germánica, irrumpe en el DIPr como puja entre los sistemas de la "unidad" y "pluralidad" sucesoria. Es así que, como consecuencia de concebir a la herencia como una masa patrimonial única que al morir el causante se traspasa al heredero continuador de su persona, se llega a sostener que una sola ley nacional debe ser llamada a regular esa transmisión. Por el contrario, de la idea germánica de una herencia múltiple compuesta por una pluralidad de bienes deriva el sometimiento de la transmisión de cada

bien al derecho del Estado en que se encuentra situado. Transmisión única con una ley aplicable *in totum* o transmisión múltiple, con tantas leyes aplicables como bienes relictos con situación diferente existan en el caso. Sin embargo veremos que la realidad de los sistemas nacionales vigentes no muestra abundantes ejemplos de sometimiento irrestricto a una sola ley o a una ley para cada bien, apreciándose muchos casos de sistemas intermedios que combinan ambas concepciones.

Las diferentes estructuras que pueden apreciarse en los ordenamientos jurídicos de cada país llevan en la práctica a dificultades muy serias para la resolución total y efectiva de los casos sucesorios multinacionales, especialmente cuando los bienes aparecen situados en territorios cuyos ordenamientos jurídicos difieren en cuanto a la ley o leyes aplicables a los bienes en ellos situados, dándose discordancias entre aquéllos y la idea plasmada en una sentencia judicial en la que el juez ha proyectado una solución ajustada al sistema de su propio ordenamiento jurídico. En tal orden de ideas, las mayores dificultades pueden estar vinculadas con las sentencias que disponen sobre la transmisión de bienes inmuebles o muebles registrables por una ley diferente de la interna propia del país de situación (o registro). Sobrevienen entonces las negativas a reconocer tales sentencias privándolas total o parcialmente de efectividad, y colocando a los pretendidos herederos ante una multiplicación de trámites judiciales que obstaculizan –a veces de manera insuperable– el logro de una solución definitiva y justa del caso sucesorio.

903. Ahora bien, resulta de interés hacer un breve paso por las razones que suelen ser invocadas en favor de la unidad o el fraccionamiento en cuanto a la ley aplicable a la sucesión con elementos de extranjería cuando aparecen inmuebles. Sobre la base del sistema argentino calificado *a priori* como de "unidad", aunque los fallos judiciales le hayan dado un alto grado de fraccionamiento, Werner Goldschmidt sostiene que siendo la herencia un patrimonio y por tanto una unidad ideal de derechos y obligaciones, el DIPr debe salvaguardarla sometiéndola a una sola ley nacional encargada de reglamentarla, aunque los diversos bienes relictos se encuentren situados en territorios sometidos a distintas soberanías, debiendo ser, esa única ley, la del domicilio o nacionalidad del causante. Es así que, según el autor citado, no se debe mantener la in-

congruente división de criterios que lleva a sustentar la unidad sucesoria en el orden interno y el fraccionamiento en el orden internacional. La unidad externa no puede ofrecer ningún reparo, si se maneja con seguridad el control *a posteriori* del orden público como cláusula de reserva de la norma de conflicto.

En favor del fraccionamiento sucesorio suele invocarse la soberanía, el orden público, el interés fiscal y la reciprocidad. En tal sentido, se habla de no permitir que siendo los bienes raíces partes del territorio nacional, sean transmitidos utilizando una ley extranjera. Como dice Goldschmidt, este argumento padece de una doble confusión: por un lado, confunde soberanía con propiedad (reminiscencia del feudalismo), obviando que el Estado puede siempre ejercer su imperio iuspublicista sobre la totalidad del territorio, lo cual se manifiesta mediante el derecho a imponer tributos y a la expropiación. Por otro lado, confunde derecho extranjero con súbdito extranjero, sin advertir algo que es muy evidente: el derecho extranjero puede imputar la herencia a un nacional argentino, como asimismo el derecho argentino puede imputarla a un heredero extranjero.

Desde otro ángulo, el interés fiscal se concreta en la tributación efectivizable cualquiera sea la ley nacional que se aplique a la sucesión; el orden público se protege con la cláusula general antes mencionada; en fin, la reciprocidad es un recurso poco compatible con las modernas concepciones en el ámbito de las relaciones privadas internacionales aunque, de todas formas, podría llegar a ser un criterio a tener en cuenta en excepcionalísimas situaciones sin afectar por ello la vigencia del principio de la unidad.

Como en toda discusión sobre cuestiones que presentan múltiples aspectos, creemos que no están dadas aún las condiciones que permitan sostener concluyentemente que un sistema sea mejor que otro, aunque parezcan contemplar equilibradamente razones teóricas y de conveniencia práctica, aquellos ordenamientos que optan por una diferenciación de tratamiento entre bienes mueble e inmuebles.

2. Tendencias de regulación

904. Siguiendo los estudios comparatistas de R. David tomados por A. Boggiano para proponer una tesis superadora de la antinomia unidad-

pluralidad sucesoria en el DIPr argentino de fuente interna, puede advertirse la existencia de sistemas conflictuales que toman la herencia internacional como una universalidad sometida a un solo derecho, que puede ser el del domicilio o el de la nacionalidad del causante. Se incluye dentro de esta calificación como "sucesión internacional universal pura" a los ordenamientos de países como Argentina, Brasil, Dinamarca, Guatemala, Nicaragua, Noruega, Paraguay, El Salvador, Cuba, China, Egipto, Grecia, Holanda, Italia, Japón, Perú, Polonia, Portugal, España, Suecia.

En otro extremo se menciona a sistemas calificados como de "sucesión internacional singular pura", en los que estarían ordenamientos que someten la sucesión *mortis causa* a tantos derechos como bienes haya dejado el causante en distintas jurisdicciones. Pero esta idea de la pluralidad de transmisiones singulares sólo aparece típicamente en el estado de Mississippi y en los Tratados de Montevideo de derecho civil internacional de 1889 y 1940 (aunque la práctica tribunalicia permitiría incluir también a México, Panamá y Uruguay, donde al parecer, aunque el territorialismo está previsto para los bienes sitos en los territorios propios, la regla suele ser extendida a los bienes radicados en el extranjero).

Como imagen intermedia, encontramos una "sucesión internacional universal mobiliaria", con una "pluralidad de transmisiones inmobiliarias". Son sistemas mixtos en los que se somete la masa de muebles a un solo derecho (que puede ser el domiciliar –Australia, Inglaterra, Canadá, Bélgica y Francia– o el de la nacionalidad del difunto –Austria, Bolivia, Irán y Turquía–) y cada inmueble a la *lex situs*.

¿Es posible un funcionamiento coordinado y efectivo de los sistemas sucesorios? La armonía internacional de soluciones exige criterios de suficiente apertura para superar las rigideces de los ordenamientos internos, especialmente en lo referido a la presencia de imuebles multinacionalmente esparcidos, circunstancia que pone en juego la pretensión de cada Estado de transmitir el bien mediante sus normas de derecho civil interno, lo cual puede llevar a una verdadera ruptura del caso multinacional, convirtiéndolo en varios trozos de caso e impidiendo, por tanto, una única solución del mismo. Posiblemente el reenvío sea un procedimiento apto para lograr una razonable armonía entre sistemas cuyas calificaciones de herencia son diferentes (Jayme, Picone). Veremos esta cuestión al tratar la dimensión autónoma argentina.

II. Reglamentación de las sucesiones

1. Reglamentación convencional universal: Convención de La Haya sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (1989)

905. Una comisión especial convocada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, elaboró un proyecto de convención sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Dicha comisión estaba presidida por A. von Oberbeck de Suiza, actuando D. Waters de Canadá como informante, reuniéndose en tres oportunidades entre noviembre de 1986 y octubre de 1987. El proyecto que de allí surgió fue sometido a estudio y finalmente aprobado sin votos en contrario, aunque luego fue suscripto sólo por Argentina (1990), Luxemburgo, Suiza y Holanda, siendo ratificado sólo por este último país.

Desde muchos años antes se había tomado conciencia de la necesidad de un tratado que regulase este tema debido a la multiplicidad de problemas suscitados por la masificación de los "movimientos" de personas a través de las fronteras, especialmente a raíz de la proliferación de los viajes aéreos a precios accesibles, las facilidades en las comunicaciones permitiendo el establecimiento múltiple en lugares de veraneo, las inmigraciones de trabajadores con o sin familia cercana, la adquisición de bienes muebles e inmuebles, la apertura de cuentas bancarias fuera del país de domicilio, las migraciones temporarias, la multiplicación de los negocios y el comercio, las aperturas de fronteras mediante las libertades de circulación, en fin, el paulatino y acelerado cambio del escenario mundial con la consiguiente multiplicación de cuestiones de diversa índole, entre las que aparece la sucesoria como factor que concita la atención de todos en pos del logro de criterios uniformes de regulación.

Se produce entonces un gran incremento de casos de fallecimientos de personas dejando bienes radicados en diferentes territorios nacionales y herederos dispersos en varios países y, consecuentemente, los problemas derivados de las incoordinaciones, desarmonías, diversidades de tratamiento legal que muestran los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

Quizás más que en otras materias, la diversidad de regulaciones sucesorias aparece nítidamente como un problema grave con motivo de la

cuantía creciente de casos, creando incertidumbres, inseguridades e inconvenientes muchas veces insalvables para resolver con justicia y efectividad cada uno de ellos.

906. La Convención establece un solo punto de conexión para determinar la ley aplicable, eligiendo un mismo derecho para regir la transmisión tanto de bienes muebles como inmuebles. Según los arts. 2 y 7 lo que se determina es la ley que rige la sucesión por causa de muerte, ley que regirá al conjunto de la sucesión, cualquiera sea la situación de los bienes. Por otra parte determina las categorías de problemas que entran en el ámbito de aplicación de esa ley: la vocación de herederos y legatarios, la determinación de las partes respectivas con las cargas impuestas por el causante, y otros derechos sobre la sucesión, que encuentren su fuente en el deceso. También queda abarcado el *droit de prélèvement,* la indignidad y desheredación, la reducción de liberalidades, las porciones disponibles, las reservas legítimas y otras restricciones a las posibilidades de disponer, y la validez sustancial de los testamentos. La citada enumeración no impide que cada Estado aplique la ley sucesoria a otras cuestiones que estima deben estar sometidas a dicha ley. Quedan en cambio excluidas, la forma de las disposiciones, la capacidad para disponer, las cuestiones atinentes al régimen matrimonial, los derechos creados o transferidos al margen de la sucesión, como pueden ser los condominios, las jubilaciones o los contratos de seguro.

Pero, ¿cuál es la ley adoptada? Para concretar la elección se ha optado por una solución "de compromiso" entre los puntos de conexión "nacionalidad" y "domicilio". Se intentaba encontrar un contacto suficientemente abarcador de los aspectos atinentes al "centro de vida" de la persona (ya muerta) y así en el art. 3 se estableció que la sucesión queda regida por la ley del Estado en el cual el difunto tenía su residencia habitual al momento de morir, si poseía, en tal momento, la nacionalidad de ese Estado. No teniendo dicha nacionalidad, se aplica también la ley de la residencia habitual, si el causante había vivido en tal país durante los –por lo menos– cinco años inmediatamente anteriores a la muerte.

La norma contempla enseguida una "cláusula escapatoria abierta" (como destaca Uzal), admitiendo que en circunstancias excepcionales, si

el difunto poseía al tiempo del deceso lazos manifiestamente más estrechos con el Estado de su nacionalidad, la ley de ese Estado es la aplicable. Por último, se considera aplicable la ley de la nacionalidad al momento de la muerte, si el causante no tenía en tal momento, lazos más estrechos con otro Estado, pues en tal supuesto la ley de este último sería la aplicable. Se trata indudablemente de una fórmula compleja que procura dar cabida a los diferentes sistemas de los países parte de la Conferencia. Si bien aparenta rigidez, las alternativas que ostenta la tornan en realidad flexible.

Por otra parte, se establece que la Convención es aplicable aunque la ley por ella indicada en un caso concreto sea la de un Estado no contratante (art. 2), admitiendo que si las normas de conflicto disponen la aplicabilidad para todo o parte de la sucesión, de la ley de un Estado no contratante que aplicaría su propia ley, ésta será aplicable (art. 4). Sobre esta última disposición se puede hacer reserva (art. 24).

907. Las sucesiones comprendidas son tanto las testamentarias como las *ab intestato*. Pero además, debe tenerse en cuenta que el art. 5 consagra la *professio juris* dejando al testador la posibilidad de elección de la ley, aunque limitada, ya que no podrá optar por cualquier ley, sino entre la ley de la nacionalidad y la de la residencia habitual. Se admite también que el testador elija una ley para regir un bien o una parte de la sucesión (art. 6), siempre y cuando no se afecten disposiciones imperativas de los ordenamientos aplicables según arts. 3 y 5. Ello significa la posibilidad de incorporar la específica designación, en un pacto sucesorio o en un testamento. Incluso, en la sucesión *ab-intestato* resulta posible otorgar un testamento sólo para ciertos bienes (v.gr. situados en un mismo país), incorporándole una elección de derecho aplicable.

908. En el art. 8 se definen los pactos sucesorios diciendo que son acuerdos escritos (o mediante testamentos recíprocos) que otorgan, modifican o retiran, con o sin contraprestación, derechos sobre la herencia futura de una o varias personas, partes en el acuerdo, sin que se puedan afectar intereses de cualquier persona que no haya sido parte y que tenga algún derecho del que no pueda ser privada según los arts. 3 o 5.

2. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

909. Ambos TMDCI siguen el más absoluto fraccionamiento, tanto en materia de jurisdicción internacional como de derecho aplicable. La ley del lugar de situación de los bienes al tiempo de la muerte del causante rige la forma del testamento, la capacidad para suceder del heredero o legatario, la validez sustancial y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite, la existencia y proporción de las legítimas, la existencia y el monto de los bienes reservables, en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria. Así está dispuesto en los arts. 44 de 1889 y 45 de 1940. El Tratado de 1889 regula incluso la capacidad para otorgar testamento por la *lex rei sitae* (art. 45).

Hay sin embargo cuatro concesiones a la "unidad": 1) en materia de formas, se reconoce validez al testamento abierto o cerrado otorgado por acto público en cualquiera de los Estados parte (art. 44, ambos Tratados); 2) en materia de deudas, si los créditos no pueden ser satisfechos en el lugar de su cumplimiento, se pueden cobrar los saldos proporcionalmente en otros países, si es que queda un superávit luego de satisfechos los acreedores locales (art. 48, TMDCI 1940); 3) en materia de legados, cuando son de bienes determinados por su género, que no tuvieren lugar designado para su pago, se debe aplicar la ley del domicilio del testador al tiempo de su muerte y se los hace efectivos sobre los bienes existentes en ese lugar, pudiendo, si quedase saldo, acudirse proporcionalmente sobre los demás bienes (art. 49, ambos Tratados); 4) en materia de colación, la obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión de la cual el bien en cuestión depende, y si consiste en una suma de dinero, se reparte proporcionalmente entre todas las sucesiones a las que concurra el heredero obligado.

910. La jurisdicción internacional sucesoria sigue el mismo camino que la ley aplicable instaurando un absoluto fraccionamiento al fijar la jurisdicción en cada lugar donde haya bienes situados (art. 66, TMDCI 1889, y art. 63 TMDCI 1940).

B) Código Bustamante

911. La norma general sobre sucesiones está contenida en el art. 144 que las somete a la ley personal del causante, "sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren". Al respecto debe tenerse presente que en este Convenio el punto de conexión "ley personal" es ambivalente pues puede referir tanto a la nacionalidad como al domicilio de la persona. Ello se debe al deseo de conseguir la adhesión de países enrolados en ambos sistemas, cuestión que no conduce a resultados normativos de la mejor calidad y claridad. En tal sentido el art. 3 anuncia que las leyes de cada Estado contratante se "estiman" divididas en tres clases: 1) las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad, y las siguen a cualquier lugar que se trasladen (las denomina "personales"); 2) las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio de un Estado (las denomina "territoriales", "locales" o "de orden público"); 3) las que se aplican sólo por la voluntad de las partes (las denomina "voluntarias" o "de orden privado").

Ahora bien, ¿cómo saber si el punto de conexión sucesorio (o en otra materia) "ley personal" refiere al domicilio o a la nacionalidad de la persona? Según el art. 7, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación sobre "ley personal" y determinará, por tanto, si es una u otra. Ello supone que la calificación *fori* debe ser aceptada por los demás contratantes en cuyo territorio se pretenda la producción de efectos de una sentencia, aunque disiente con lo que entiende por "ley personal". Volviendo a la cuestión sucesoria, queda en claro que la ley aplicable es la del domicilio del causante o la de su nacionalidad, según la adscripción del país del juez a una u otra concepción.

En el art. 145 se establece materialmente como de orden público internacional, que "los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte" desechando así toda posibilidad de que por vía de la aplicación de disposiciones internas de cualquier Estado se pretenda fijar un tiempo posterior.

912. En materia testamentaria se somete la capacidad de testar a la ley personal (art. 146) pero en lo relativo a la comprobación de que el demente ha testado en intervalo lúcido rige la ley territorial (art. 147),

lo mismo que los requisitos y prohibiciones sobre formas (arts. 148 y 150), los vicios de la voluntad (art. 149) y la presunción de haber revocado el testador su testamento, no así la procedencia, condiciones y efectos de la revocación, que son sujetadas a la ley personal (art. 151).

La capacidad para suceder y para solicitar y llevar a cabo la división de la herencia, están asignadas a la ley personal del heredero o legatario (arts. 152 y 161) pero con las incapacidades "locales" que cada Estado establezca (art. 153). La institución y sustitución de herederos deben ajustarse a la ley personal del testador, menos las prohibiciones locales a las sustituciones fideicomisarias que pasen del segundo grado, o hechas a personas premuertas, o "que envuelvan prohibición perpetua de enajenar", aspectos que son asignados a la ley territorial de cada país (arts. 154/155).

913. La ley personal del causante rige el nombramiento y las facultades de albaceas o ejecutores, el llamado al Estado como heredero salvo que sea ocupante de cosas sin dueño, cuestión regida por la ley local (arts. 156/157).

Hay *lex fori* en materia de formalidades para aceptar la herencia con beneficio de inventario o para hacer uso del derecho a deliberar (art. 159); hay "orden público internacional" local para la proindivisión ilimitada o la partición provisional (art. 160).

Finalmente, la ley personal del difunto se aplica al nombramiento y facultades del contador o perito partidor y al pago de las deudas hereditarias, las deudas con garantía real, que pueden hacerse efectivas conforme a la ley que rige la garantía (arts. 162/163).

914. En lo que refiere a la competencia judicial internacional, el art. 327 la otorga sencillamente al juez "del lugar en que tuvo el finado su último domicilio".

3. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños

A) Argentina

915. El DIPr autónomo argentino contiene normas de conflicto específicas sobre herencia internacional. Los arts. 3283, 3286 y 3612 del CC

someten la sucesión a la ley del domicilio del causante al momento de su muerte. Son éstas normas específicas sucesorias, que llevan a la doctrina internacionalista a inclinarse, mayoritariamente, por sostener que el sistema adoptado es el de la "unidad pura" mediante el sometimiento íntegro de la sucesión *mortis causae* a una sola ley. Sin embargo, de la nota al art. 3283 CC, el art. 10 CC y la práctica jurisprudencial surge una "imagen" distinta de la pregonada. Si se acepta que el derecho de un país es "lo que los jueces dicen que es", de poco sirve sostener que el sistema argentino es de "unidad pura" (un solo derecho aplicable a toda la sucesión, que se transmite como una universalidad) pues los tribunales argentinos practican criterios de fraccionamiento, tanto en cuanto a la ley, como en lo relativo a la jurisdicción internacional.

El principio de unidad cuenta con mayoría de adeptos en el área del DIPr, Goldschmidt, Boggiano, Vico, Lazcano, Romero del Prado, Pardo, Argúas, Fermé, etc., adhieren a la idea de una sola ley aplicable a la sucesión. Alcorta y Smith se inclinan por el fraccionamiento. Este último autor ha sostenido la necesidad de adaptar la legislación argentina, en virtud de que en la práctica se ha abandonado el sistema unitario, siendo para él evidente la conveniencia del punto de conexión *lex rei sitae*, que por tal razón incorpora en su Anteproyecto de ley nacional de derecho internacional privado.

La norma argentina para sucesiones internacionales se encuentra en los precitados arts. 3283 y 3612 CC que someten la sucesión *ab-intestato* y la testamentaria (validez intrínseca y efectos del testamento) íntegramente al derecho vigente en el domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Parece entonces que se opta por la idea unitaria. Sin embargo el propio codificador en la nota al art. 3283 deja a salvo lo relativo a inmuebles locales diciendo que deben quedar sometidos a la *lex situs*, con lo cual da pie para larguísimas discusiones (aún no finalizadas) entre los partidarios del "fraccionamiento" y los de la "unidad".

Los primeros, apoyándose en los arts. 10 y 11 CC (que someten los bienes inmuebles y los muebles "con situación permanente" a la ley de situación) sostienen que estas normas rigen no sólo para tales bienes en las transmisiones *ut singuli* sino también *ut universitas* y que, por ende, restringen el alcance del principio de la unidad consagrado en los arts. 3283 y 3612 CC. Los que se inclinan por la unidad contestan sosteniendo la

aplicación de los arts. 10 y 11 exclusivamente a las transmisiones *ut singuli*, considerándolas completamente ajenas a la regulación universal propia de las normas sucesorias. Ahora bien, parece dar firme apoyo al fraccionamiento lo manifestado por el codificador en la nota al art. 3598, referida a la legítima, cuando afirma que "los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes y los que estén en Francia, por las de aquel país. Habrá pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto". Los partidarios del fraccionamiento ven en esta referencia una clara confirmacion de su tesitura, mientras que los de la unidad señalan que esta nota refiere solamente al problema de la legítima y sus connotaciones de orden público, no teniendo trascendencia con respecto a la disputa entre unidad y fraccionamiento.

La doctrina internacionalista argentina que sostiene la idea de la "unidad", hace esfuerzos por conciliar los textos normativos con la interpretación histórica –basada en la notas– y así se llega a propiciar la necesidad de armonizar el art. 3283 CC con las dos partes de la nota de dicho artículo, afirmando la unidad de ley aplicable (último domicilio del causante), con la excepción derivada del art. 10 CC sometiendo los inmuebles argentinos a la ley local, en tanto que los demás inmuebles, y la totalidad de los muebles, quedarían abarcados por la ley domiciliar. Como señala Uzal, la jurisprudencia civilista se ha mostrado fuertemente fraccionadora, aplicando el derecho argentino a la herencia de inmuebles locales y muebles con situación permanente en el país (estos últimos son según el art. 11 CC, aquellos que se tienen en la Argentina sin intención de trasladarlos fuera del territorio nacional), quedando bajo la órbita de la ley del último domicilio los bienes muebles respecto de los cuales se pueda probar la intención de trasladarlos al extranjero.

916. ¿Es posible desde el DIPr argentino superar la antinomia "unidad-pluralidad sucesoria"? Ello resulta factible si se tiene en cuenta la propuesta de Boggiano, quien se manifiesta partidario de la unidad, a partir de la construcción de una calificación autónoma de "herencia internacional" adaptada a los sistemas conflictuales puestos en contacto por el caso. Para ello parte del contenido del art. 3283 para señalar que si bien está determinada la "causa" de la transmisión de los bienes (la muerte del causante), no ocurre lo mismo con el "objeto" de dicha trans-

misión. De modo que como la disposición habla del derecho de sucesión sobre los bienes del difunto, ese objeto puede estar constituido por una universalidad cuya transmisión está sometida íntegramente a una sola ley nacional, o por una pluralidad de bienes individualmente considerados, transmisibles cada uno por su *lex situs*.

Pero quien tiene que definir si hay una sola transmisión universal o una multiplicidad de transmisiones singulares, es el derecho internacional privado del último domicilio del causante, al cual remite la norma de conflicto argentina. Ello así, haciendo funcionar el reenvío, el juez argentino que entiende en el caso sucesorio internacional puede seguir las remisiones que contenga el derecho internacional privado del último domicilio del causante y concluir aplicando el o los derechos nacionales que indiquen las normas indirectas de aquél. De ese modo, la sucesión de un argentino con domicilio final en Inglaterra, será regida por una sola ley en cuanto a la masa mobiliaria (la ley del domicilio) y por tantas leyes nacionales como inmuebles sitos en países diferentes haya dejado el difunto. En cambio la sucesión de un alemán domiciliado en Italia, conduciría –por el reenvío italiano– a la única aplicación del derecho alemán.

Sin embargo Boggiano advierte que es probable que haya que apelar al principio de efectividad de las decisiones en los supuestos en los que la ley a aplicar sea una, y no coincida con la de algún país en el que hayan quedado inmuebles relictos. En tales casos, para no privar de efectos a la sentencia debe consultarse igualmente a la *lex situs* asegurando así la transmisión del o los inmuebles. Culmina el citado autor sosteniendo la posibilidad de que el juez argentino aplique un derecho nacional al que no lo ha enviado ninguna norma de conflicto (ni la *lex fori*, ni la *lex causae*) en la existencia de una hipótesis similar contenida en el artículo 3470 CC, que permite compensar con bienes de la herencia sitos en la Argentina, a los herederos argentinos o domiciliados en el país que hubieran sido privados injustificadamente de la parte que les correspondiere sobre bienes situados en el extranjero, en base a disposiciones de una ley también extranjera.

Creemos que la propuesta es de utilidad y revaloriza las posibilidades de llegar a un "armado" razonable del caso sucesorio, sin necesidad de perderse en una infructuosa discusión acerca de si el sistema argentino es de unidad o de pluralidad sucesoria, pues partiendo del criterio "uni-

cista" será finalmente la *lex causae* la que decida sobre el o los derechos aplicables, con la corrección que, si es necesario, proporciona el principio de efectividad.

En tal orden de ideas nos parecen acertadas las observaciones de Radzyminski al decir que el estatuto sucesorio, en principio unitario, está dotado de competencia general para regular la totalidad de las fases que comprende la sucesión *mortis causae*, pero que ese criterio de orden general, encuentra limitaciones en la etapa de división hereditaria, donde no puede prescindirse de la consideración de la *lex rei sitae*. De ahí que se diga que si bien el estatuto sucesorio posee el título para la adquisición de los bienes del acervo, la *lex situs* determina el modo en que aquella adquisición se lleva a cabo, resultando un imperativo teórico práctico la interacción de ambas leyes.

917. Los testamentos tienen unas disposiciones especiales que contemplan los aspectos formales. Intentando sintetizarlas, podemos distinguir:

a) Testamento hecho en la Argentina: debe ser hecho de acuerdo a la ley local, sea su autor argentino o extranjero (art. 3634 CC).

b) Testamento hecho en el extranjero: rige la ley del lugar de otorgamiento (art. 3635 CC).

c) Es válido el testamento hecho en el extranjero por un argentino o extranjero domiciliado en la Argentina, si es hecho por escrito, ante un ministro plenipotenciario, un encargado de negocios o un cónsul argentino, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado (art. 3636 CC), pudiendo hacerlo ante similares funcionarios de una "nación amiga", si no los hubiese de Argentina, fijándose los recaudos para la protocolización del instrumento (art. 3637 CC).

d) Testamento hecho por un extranjero fuera de su país: hay opción entre las formas del país de origen del testador, las del lugar en que se encuentra, o las formas reguladas por la ley argentina.

En cuanto a la revocación del testamento hecho fuera de la República, el CC argentino trae, en el art. 3825, dos hipótesis: si el testamento fue otorgado fuera de la Argentina, por persona no domiciliada en ella, la revocación debe ajustarse a la ley del lugar de otorgamiento del testamento o a la del domicilio del testador al tiempo de la revocación; si fue hecho en la Argentina, debe ser revocado conforme a la ley de este país.

918. Una consideración especial merece el tema de la jurisdicción internacional en materia sucesoria. La norma general de competencia judicial internacional está en los arts. 90.7 CC ("el domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión") y en el primer párrafo del art. 3284 CC ("la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto").

Hay en principio una muestra del denominado "paralelismo de competencias legislativa y jurisdiccional", haciendo coincidir en el país del domicilio del *de cujus* tanto el derecho aplicable como la jurisdicción competente. Sin embargo, así como hemos visto que no es realmente "uno" el derecho que puede terminar regulando el caso sucesorio desde el punto de vista del derecho internacional privado argentino, examinaremos de seguido si el "único" juez competente es el domiciliario del causante.

919. Por un lado, tenemos el supuesto conocido como del "heredero único". En el art. 3285 se dispone que si el difunto no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse contra el juez del domicilio de este heredero. La norma crea interrogantes diversos; entre ellos, si se trata de un precepto de derecho puramente interno o refiere a la jurisdicción internacional. En mérito a la brevedad dejaremos de lado las discusiones que se han producido al respecto (especialmente entre civilistas e internacionalistas), para mencionar el acertado criterio de Hooft como muestra de la mayoritaria opinión de ese sector doctrinario que no duda en cuanto al carácter de norma de jurisdicción internacional, que posee el art. 3285. Como señala dicho autor, la norma en examen concede jurisdicción al juez del domicilio del heredero único, pero no es exclusiva, sino concurrente con la del juez del último domicilio del causante. De tal manera –siguiendo a Goldschmidt– si tuviésemos un causante muerto con último domicilio en el extranjero y su único heredero domiciliado en la Argentina, habría competencia de los jueces argentinos, pero la misma sería concurrente con la extranjera del país domiciliario del difunto. Sigue empero vigente el interrogante cuya respuesta no puede ser lineal y aferrada a la reproducción lisa y llana de las palabras de la disposición que estamos tratando: ¿es siempre posible saber si existe sólo un heredero antes de abrir la sucesión, para considerar competente al juez de su domicilio?

920. Con respecto a la jurisdicción de los tribunales argentinos para entender en casos sucesorios habiendo inmuebles o muebles de situación permanente en el país, pero teniendo el difunto su último domicilio en el extranjero, se han brindado diferentes opiniones, directamente vinculadas a la idea unitaria o pluralista de sus autores en cuanto al derecho aplicable. Siguiendo a grandes rasgos la sistematización de Hooft, distinguimos:

a) *Criterio de la incompetencia del juez argentino del lugar de situación del bien.* Jurisdicción y ley aplicable convergen en el país del domicilio del causante. La única excepción (según E. Zeballos) está constituida por el caso de los herederos de nacionalidad argentina o de nacionalidad extranjera domiciliados en la Argentina que, siendo excluidos en los bienes de una herencia ubicados en el extranjero en virtud de leyes o costumbres locales, pueden tomar de los bienes que la misma sucesión tenga en la Argentina, una porción igual a aquélla de la que fueron privados. Para ello, deben abrir un juicio sucesorio en la Argentina, lugar de radicación de parte de los bienes. Los tribunales de la ciudad de Mar del Plata tienen algunos ejemplos de casos en que se falló aplicando el criterio que estamos mencionando. En al caso *"Elvira Herms"* (del 22/5/1973) la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata declaró la incompetencia de la justicia argentina para conocer de la sucesión de un causante con último domicilio en el extranjero, que había dejado inmuebles en la Argentina. El mismo tribunal confirmó dicho criterio en la causa *"Andersen"* (del 5/9/1973, conocida como "herencia danesa"), aunque llegado el caso a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la sentencia de cámara fue revocada para, sobre la base del artículo 10 CC y con profusas consideraciones sobre el problema de la unidad o pluralidad de derecho aplicable, terminar sosteniendo la competencia del tribunal argentino en base a un inmueble relicto en la Argentina, aunque los causantes habían fallecido con último domicilio en Dinamarca.

b) *Criterio de la pluralidad o concurrencia de jurisdicciones. Foro de patrimonio y unidad de ley aplicable.* En esta tesitura se ubica la opinión de W. Goldschmidt, al afirmar que habiendo bienes relictos en el territorio argentino, el juez de ese país debe considerarse competente, pero luego aplicar a toda la sucesión un solo derecho: el del último domicilio del causante (conf. art. 3283 CC). Dicho autor hace aplicación analógica

del art. 16 de la Ley N° 14.394 que, en los casos de ausencia y de muerte presunta, otorga jurisdicción en subsidio de la basada en el domicilio o residencia del ausente en el país, a los jueces del lugar en que existen bienes. En la misma línea, A. Boggiano considera que la jurisdicción del art. 3294 CC no es exclusiva, debiendo considerarse la concurrencia con la de los lugares en los que existen bienes. Al comentar el caso *"Andersen"* sostiene que ostentan mayor proximidad analógica con el tema, los arts. 66 y 63 de los TMDCI de 1889 y 1940 respectivamente, que el art. 16 de la Ley N° 14.394. Los mencionados artículos "montevideanos" coinciden en la apertura de tantos foros sucesorios como lugares de radicación de bienes hereditarios existan. De allí, la crítica que hizo al fallo *"Andersen"*, coincidiendo con la Suprema Corte de Buenos Aires en que debía considerarse competentes a los jueces argentinos por la radicación de un inmueble en el país, pero disintiendo en el fundamento de tal afirmación, pues no estando el tema regulado específicamente en el DIPr de fuente interna, la cuestión se podía resolver acudiendo analógicamente a los arts. 66 y 63 TM 1889 y TM 1940, sin necesidad de utilizar el art. 10 CC que no es una norma de jurisdicción.

c) *Criterio del foro patrimonial y* lex situs. La casi totalidad de la jurisprudencia argentina participa de esta idea. No sólo hay jurisdicción en el lugar de situación de los bienes, sino que además se aplica a cada bien la ley local de su situación.

B) Brasil

921. El derecho brasileño, desde su independencia hasta 1942, sostuvo el principio de la unidad, sobre la base de la ley nacional del causante, para cambiar luego hacia el principio domiciliar. En la LICC, que entró en vigor el 24 de octubre de 1942, se establece que la ley aplicable a la sucesión por muerte o por ausencia, es la del domicilio que tenía el difunto o el desaparecido, cualquiera sea la naturaleza o la situación de los bienes. Así lo dispone el art. 10, que a renglón seguido consagra dos disposiciones especiales. En el inciso 1° se contempla el supuesto de la vocación hereditaria sobre bienes de un extranjero situados en el Brasil, determinando que se regula por la ley brasileña en beneficio del cónyuge brasileño y de los hijos de la pareja, siempre que no les sea más favora-

ble la ley del domicilio. En el inciso 2° se somete la capacidad para suceder a la ley del domicilio del heredero o legatario.

922. Por su parte, la competencia judicial internacional corresponde a los jueces del último domicilio del causante (art. 1578 CC). En Brasil, las normas que rigen la elección de la ley para la sucesión *mortis causa* multiconectada se encuentran en el art. 5, XXXI de la Constitución y en el art. 10 de la LICC –con la redacción de la Ley N° 9047 de 18 de mayo de 1995, que modificó su párrafo 1°–. No obstante, hay situaciones en que escogida una ley extranjera, en razón de su conexión con el caso concreto, no será ésta aplicable en razón del impedimento determinado por el orden público del foro. Pero esa exclusión de la ley extranjera deberá ser lo más estricta posible, aprovechándose la parte que pueda ser aceptada en el foro.

923. Con relación al conflicto con disposiciones del derecho extranjero, la supremacía de la norma constitucional está expresada en forma categórica en el art. 4, que estatuye los preceptos constitucionales de orden público internacional. La Constitución consagra también la teoría de la disposición del Código Bustamante.

924. En lo que hace respecto a la sucesión *mortis causa* el proceso será realizado en dos etapas. El primer paso es determinar la competencia jurisdiccional. En nuestro sistema jurídico, esas reglas están en el CPC, en los arts. 88 y 89. Especialmente con relación a la sucesión, el art. 89 II del CPC, norma que encuentra similares en la mayor parte de las legislaciones procesales extranjeras, determina la competencia exclusiva de la justicia brasileña para proceder al inventario y partición de bienes situados en Brasil, aun cuando el autor de la herencia sea extranjero y haya residido fuera del territorio nacional.

En segundo lugar, después de la fijación de la competencia del juez nacional en cuanto a la sucesión de los bienes aquí situados, el art. 10 de la LICC establece las reglas relativas a la determinación de la ley aplicable a la sucesión legítima y testamentaria, abarcando bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales. Se aplica la ley del último domicilio del *causante*, independientemente de su nacionalidad. Pero esa regla

importa una excepción cuando se trata de proteger los intereses de los hijos y cónyuges brasileños, conforme se verifica del inciso XXXI del art. 5, citado en el inicio del trabajo. Ejemplificando: en caso de fallecimiento de alguien domiciliado en el extranjero con bienes situados en Brasil el inventario de los bienes deberá ser hecho en Brasil. Y para decidir la ley aplicable podrá el juez estar ante dos hipótesis: en la primera, no habiendo hijos o cónyuge brasileño, o bienes inmuebles localizados aquí será regido por las reglas de la ley extranjera del último domicilio del causante. En la segunda, y habiendo hijo o cónyuge brasileño, la sucesión seguirá las normas brasileñas, a menos que la ley extranjera sea más benéfica.

Con eso, tenemos también el reverso de la situación que deberá ser aceptada por la justicia brasileña. Cuando la sucesión se inicia en Brasil, y también integraren el patrimonio del causante bienes inmuebles situados en otro país, no pueden éstos ser parte del patrimonio hereditario. En ese sentido ha decidido la jurisprudencia en diversas ocasiones, y el Supremo Tribunal Federal ya consideró inadmisible computar a la cuota hereditaria a ser repartida en Brasil, la parcela relativa a los bienes situados en el exterior (STF RE 99.230-8). De esta forma, promovió el STF la bilateralización de la norma del art. 89.II del CPC, que trata de la competencia exclusiva de los tribunales brasileños para el inventario y partición de los bienes inmuebles aquí situados. Por lo tanto, abierta en el país la sucesión, no serán traídos a colación los inmuebles localizados en el extranjero. No podrá tampoco, uno de los herederos, aunque demuestre la existencia del bien en el exterior y que tendría que haber sido colocado bajo la ley brasileña, promover una compensación en la partición.

En el mismo sentido, decidió el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (Apelación Civil 23.317, 2ª Cámara Civil, sentencia de 28 abril de 1983), cuando en un inventario tramitado aquí se discutía la situación de bienes inmuebles situados en Portugal, diciendo ser indeclinable la jurisdicción brasileña para inventariar los bienes situados en Brasil, y debiendo, aquéllos situados en Portugal, ser inventariados en el foro de la situación de los bienes.

Una interesante cuestión se planteará cuando el juez brasileño, con competencia exclusiva para inventariar los bienes situados en el país, deba decidir sobre la sucesión *mortis causae* cuyos hijos o cónyuge son

brasileños y muere con último domicilio en Francia o en Italia. Como por disposición constitucional brasileña se protege a estas personas mediante la aplicación de la ley más benéfica, la ley del último domicilio debería aplicarse en detrimento de la ley brasileña, puesto que es más favorable ya que tanto en el derecho francés como en el italiano se aumenta la parcela reservada a la legítima cuando hubiere más de un hijo.

925. Con relación a la cuestión testamentaria, la regla *locus regit actum*, a pesar de no estar escrita en la LICC de 1942, es bastante utilizada. La polémica con relación a los testamentos ológrafos (particulares de propio puño) fue resuelta por los tribunales en famoso acuerdo de la cantora lírica Gabriela B. Lange. En aquel caso se discutía la validez del testamento particular realizado en Italia y sus disposiciones acerca de bienes inmuebles situados aquí (Ag. Inst. 18.882/66, en *Revista de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del RJ*, Ap. Civil 49.839/67, en la misma revista y R.E. 68.157, en *RTJ* 61, pp. 99-104).

Gabriela Lange fallece en Roma, donde era domiciliada, y dejó por testamento particular sus bienes, entre ellos inmuebles situados aquí. La competencia de la justicia brasileña fue determinada por el hecho de la situación de los bienes. En seguida se discutió la validez del testamento, hecho sin testigos. Decidió el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro que el testamento realizado en Italia, de acuerdo con las normas del Código Civil italiano, era válido y debía ser cumplido en Brasil. El testamento en cuestión fue considerado válido ya que no iba en contra de nuestro orden público. Las diferencias eran respecto a las cuestiones de forma, pues el testamento particular en Brasil exigía cinco testigos, en cuanto en Italia bastaba ser escrito de propio puño. Siendo aplicable a las formalidades del acto la ley del lugar de su realización, y no violando ésta nuestro orden público, no podría ser alegada cualquier nulidad del documento en cuestión. Esclareció también el tribunal que en materia de testamento el principio dominante es siempre salvar la declaración de voluntad del testador, siempre que no haya un fraude o se ofenda un principio de orden público. Posteriormente, en la sentencia del recurso extraordinario de este mismo caso, el Supremo Tribunal Federal se manifestó en el mismo sentido, esclareciendo que estaba en cuestión la ley aplicable a la forma del testamento –y no el artículo 10 de la LICC, que

trata de la sucesión–, debiendo ésta seguir las disposiciones de la ley del lugar de su realización. Además, entre nosotros el testamento particular es permitido, sólo con formalidades diferentes para el acto de lo que es dispuesto en la ley italiana.

De esta forma, en Brasil, los testamentos realizados en el exterior, aunque el bien inmueble esté situado aquí y por lo tanto deba ser aquí inventariado, tendrán plena validez, siempre que cumplan los requisitos de la ley del lugar de la celebración, siendo por lo tanto considerada una cuestión de forma aquélla relativa a los requisitos esenciales. Así, puede el testador dejar testamentos diferentes según el lugar en que deja sus bienes.

C) Paraguay

926. Según surge del CC de este país, la sucesión importa la transmisión de "los bienes y derechos" que integran la herencia de una persona, desde el momento mismo de su muerte, en favor de "aquellos que deban recibirla" (art. 2443), comprendiendo además, la transmisión de las obligaciones que no se hubieren extinguido por el fallecimiento del causante (art. 2444), y los derechos "eventuales" (art. 2445), eligiendo como ley aplicable la del último domicilio del causante, con excepción de los bienes inmuebles situados en el país, que se rigen exclusivamente por la ley local (art. 2447). Regula el derecho de retorsión en el art. 2448, de manera similar al art. 3470 del CC argentino, posibilitando que los sucesores domiciliados en Paraguay sean compensados con bienes allí situados, por los bienes de una herencia de los que hubieren sido privados en el extranjero en virtud de leyes locales.

927. La jurisdicción internacional sucesoria está fijada por el art. 2449, en el juez del último domicilio del fallecido, que atrae demandas de diversa índole en relación con bienes hereditarios, cuando sean de herederos contra herederos o de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia.

928. En materia testamentaria, es la ley del domicilio del testador al momento de su muerte, la que rige la validez del contenido del testamento (art. 2609, 2° párrafo), mientras que la forma está sometida a la ley

local para los testamentos hechos en Paraguay. Para los otorgados en el extranjero, se impone el requisito del otorgamiento personal y por escrito, sujetando los demás aspectos, alternativamente, a tres posibles leyes: la del lugar de otorgamiento, la de la nacionalidad ("(...) país a que el testador pertenezca") o la paraguaya (art. 2626, cuyo 2° párrafo es coincidente con el art. 3638 del CC argentino).

D) Uruguay

929. El art. 2400 del Apéndice del CC regula en forma genérica y sin definir a texto expreso el alcance extensivo de la categoría, "todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria" por la "ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata", siguiendo la solución plural territorial establecida en los Tratados de Montevideo. A diferencia de éstos, el Apéndice no regula las formas testamentarias como categoría autónoma, lo cual ha dado lugar a distintas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. Para calificar el testamento es necesario tener presente que el mismo es un acto unilateral, mientras que la sucesión es un modo de adquirir el dominio por causa de muerte, una forma de transmisión del patrimonio en sentido amplio. La diferente naturaleza de estos dos institutos jurídicos no puede ser dejada de lado en el proceso de calificación (Herbert).

Parece indiscutible, como sostiene Herbert, que el testamento, acto jurídico unilateral, debe considerarse comprendido dentro del alcance de la categoría "actos jurídicos", prevista en el art. 2399 CC, regulados "en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de su cumplimiento de conformidad por otra parte con las reglas de interpretación contenidas en los arts. 34 a 38 inclusive del Tratado de derecho civil de 1889". Dichas reglas de interpretación no prevén el caso de los actos unilaterales que no tienen un único lugar de cumplimiento, como es el caso del testamento que dispone sobre bienes localizados en más de un Estado. Esta laguna debe llenarse por los medios previstos en el art. 16 CC, entre los que figuran los fundamentos de las leyes análogas. En especial y teniendo en cuenta que el redactor del Apéndice, Vargas Guillemette, sostiene que sus normas recogen "los principios sustentados por los tratados vigentes y por los recientemente aprobados",

corresponde acudir al TMDCI de 1940. Sus autores subsanan los problemas causados por la laguna existente en el Tratado de 1889 incluyendo una norma residual, que establece que "se rigen por la ley del lugar de su celebración los actos y contratos en los que no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento" (art. 40). Y por las mismas razones, en materia de forma de los actos jurídicos es procedente integrar la laguna del Apéndice con el art. 36 del TMDCI de 1940.

Concluye Herbert que el testamento,

> "(...) así como la calidad del documento que lo contiene y la forma de éste, se regulan por la ley del lugar de su celebración" [...] "sin perjuicio de la aplicación de las normas territoriales en aquellos aspectos vinculados con la transmisión patrimonial que son atinentes a la categoría 'sucesión', porque el sistema de conflicto del Apéndice del CC ha adoptado respecto de los mismos un sistema pluralista y territorial, contra el cual no puede prevalecer el contenido del acto testamentario: esta es una cuestión de deslinde de los alcances extensivos de las respectivas categorías".

Afirma que el "testamento" no puede confundirse con la "sucesión" y que la referencia que el art. 2400 hace a la "sucesión (...) testamentaria"

> "(...) no tiene por objeto forzar la inclusión del acto testamentario en el alcance de la categoría 'sucesión testamentaria', sino aclarar que, aun mediando testamento (el que en principio tiene efectos extraterritoriales), debe prevalecer la regulación territorial de los aspectos atinentes a la sucesión, reservados a la ley de cada Estado".

Vaz Ferreira en cambio sostiene que la laguna del Apéndice debe llenarse recurriendo a la doctrina más recibida, que en este punto entiende está contenida en la solución del Tratado de 1889, por lo cual reconoce eficacia extraterritorial al testamento otorgado en el extranjero por acto público, excluyendo por tanto al ológrafo. La tesis de Vaz Ferreira parte de un error de calificación, como advierte Herbert, ya que comprende al acto testamentario dentro del alcance extensivo de la categoría "sucesión testamentaria" del art. 2400. Incurre en la contradicción

de asignar eficacia extraterritorial al testamento por "acto público", cuando al sostener que el testamento está incluido en el alcance extensivo de la categoría sucesión del art. 2400, su regulación, conforme esta norma, debiera ser territorial; y también en el error de acudir a la integración, que presupone la existencia de una laguna, cuando ésta no existe, según la opinión del mismo Vaz Ferreira, que considera al testamento comprendido en el alcance extensivo de la categoría sucesión prevista en el art. 2400.

930. La jurisprudencia, al igual que la doctrina, se encuentra dividida en cuanto a la calificación del testamento: Sentencia de 1ª Instancia N° 2962, JLF 18° Turno, Jesús María Pereira Sucunza, *"Rolando, Carlos Ricardo o Roland Glaeser, Kare Richard - Herencia yacente"*, *LJU*, t. 117, año 1998, p. 211: CRR fallece intestado, declarándose a J. Feldman Glaeser, heredera de su hermano CRR; se desestimó la declaración de invalidez testamentaria. JFG fallece luego habiendo otorgado un testamento ológrafo en Suiza. ANEP se presenta, alegando la invalidez de dicho testamento ológrafo. Sentencia de 2ª Instancia, TAF 1er T., Battistella, Viña, Monserrat, 12/11/1997: El tribunal se pronuncia en contra de la validez del testamento ológrafo, citando la opinión de Vaz Ferreira, quien sostiene que si no existe tratado (como en este caso) rige el art. 2400 CC. La ley del lugar de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, rige el testamento. Las normas que tratan el régimen testamentario en nuestro país son en extremo rigurosas y por tanto la aceptación de un testamento ológrafo iría contra el orden público interno e internacional. Discordia de Martínez: Considera válido el testamento ológrafo otorgado por JFG (que es ciudadana suiza y está domiciliada en dicho país) en Suiza. Comparte opinión de Herbert en consulta agregada, quien sostiene que la normativa aplicable a la forma y al contenido del testamento es el art. 2399 CC. Existe vacío legal para el supuesto de que los bienes se encuentren localizados en más de un Estado; por integración, se aplica el TMDCI de 1940, y finalmente, según el art. 40 del mismo corresponde regir el acto de acuerdo con la ley del lugar de celebración.

En el mismo sentido, la sentencia TAF 1er T., N° 15, 26/2/1992, Battistella de Salaverry, Calzada, Berlangieri (Caso 339, *ADCU*, XXIII, Arrighi),

confirma la invalidez de un testamento ológrafo otorgado en Bélgica. El Tribunal sigue la tesis de Vaz Ferreira, incluyendo las formas testamentarias dentro del alcance extensivo de la categoría sucesión testamentaria del art. 2400 CC. Agrega que la aceptación de un testamento ológrafo iría contra el orden público interno e internacional, haciendo referencia a la sentencia N° 546/1986 SCJ, caso *Peretti*.

931. En el caso *Peretti*, el causante había otorgado dos testamentos ológrafos, uno en Argentina y otro en Uruguay. Se discutía su validez o invalidez con relación a los bienes situados en Uruguay. La sentencia de 1ª Instancia, N° 31, 11/3/1982, Jdo. Ldo. de Maldonado, Piatniza (*ADCU*, XII, Arrighi), estableció que el testamento ológrafo otorgado en Uruguay no es válido con relación a los bienes situados en Uruguay, porque no cumple con los requisitos del lugar de situación de los mismos y no estaría comprendido en la concesión del art. 44.2 del TMDCI de 1940. Ese testamento sería en cambio válido y eficaz para disponer sobre bienes situados en Argentina. Siguiendo las opiniones de Vieira y Vaz Ferreira, sostiene el juez Piatniza que el testamento ológrafo otorgado en Argentina, conforme los requisitos del derecho de ésta, sí es válido y eficaz para disponer sobre bienes situados en Uruguay, por tratarse de un acto solemne de los previstos en el art. 44.2 citado. Siguiendo la opinión de Opertti, se reconoce validez a la sentencia argentina de separación, dictada por tribunal y según ley competente, que no vulnera el orden público internacional uruguayo, concluyendo que la cónyuge supérstite, culpable de la separación, carece de derecho a la porción conyugal o a heredar (arts. 875 y 1031 CC uruguayo).

La sentencia de 2ª Instancia, TAC 4°, 23/11/1984, Catalurda, Burella, Alonso de Marco (*ADCU*, XV, Arrighi) confirma la de primera instancia en cuanto a la validez en Uruguay del testamento ológrafo otorgado en Argentina, y agrega que disposiciones que solamente refieren a requisitos formales no pueden afectar el orden público internacional. La revoca en cuanto a la pérdida de los derechos sucesorios de la cónyuge supérstite culpable de la separación, por entender que no corresponde admitir en Uruguay los efectos que respecto a los bienes hereditarios establece el art. 3674 del CC argentino, porque es la ley de ubicación de los bienes la que rige esa materia (arts. 44, 45 y 63 TMD-

CI de 1940). Dicha sentencia no llena la exigencia de un fallo declarativo de culpabilidad del art. 875 del CC uruguayo. Por tanto, la cónyuge supérstite separada tiene derecho a la porción conyugal conforme la ley uruguaya.

La sentencia de casación, SCJ N° 546, 29/12/1986, Tomassino, García Otero, Nicoliello, Balbela de Delgue (discorde), Addiego Bruno (discorde) (*ADCU*, XVII, Arrighi) casa la de 2ª Instancia. Con respecto al testamento ológrafo otorgado en Argentina, la Corte entendió que carece de validez en Uruguay. Argumenta que debe presumirse que si no se dejó reserva del art. 44.2 del TMDCI de 1940 "era porque se consideraba respetado el criterio jurídico uruguayo", contrario a la admisión del testamento ológrafo. Agrega la Corte, siguiendo a Vaz Ferreira, que con la modificación operada en el texto del art. 44 en 1940, "se buscó un texto que diera legitimidad internacional al testamento solemne cerrado, excluido en 1889". La exigencia de solemnidad refiere al acto de otorgamiento del testamento, que debe ser autorizado por funcionario competente (el escribano). La "mera forma manuscrita del testamento ológrafo argentino no es la solemnidad que nuestro derecho requiere para la validez del testamento". Agrega la Corte que "(...) habría sido contrario al orden público nacional y al internacional, admitir que las leyes extranjeras dispusieran el modo de transmitir la propiedad inmueble en nuestro país (...)".

Con respecto a la vocación hereditaria de la cónyuge separada, la Corte casa la sentencia impugnada y sostiene que descartada la validez del testamento ológrafo, la vocación hereditaria de la cónyuge separada ya no refiere a la porción conyugal sino a la plena sucesión testamentaria. Pero aunque no hubiera sido así, tampoco hubiera tenido derecho a la porción conyugal porque no "carece de lo necesario para su congrua sustentación", como exige el art. 874 CC uruguayo para concederle derecho a la misma, y por haber sido declarada culpable de la separación, lo que la excluye del derecho a la porción conyugal (art. 875 CC uruguayo). Conforme a los arts. 2396 CC, 12 a 15 TMDCI de 1889 y 14 a 19 TMDCI de 1940, "corresponde estar a las previsiones de la legislación argentina sobre la eficacia, modalidades y consecuencias de la separación", entre ellos, la pérdida de los derechos hereditarios. La sucesión en cambio se rige por el derecho uruguayo (arts. 2400 CC y 44 de am-

bos Tratados), y conforme al art. 875 CC, la cónyuge declarada culpable de la separación carece de todo derecho en la sucesión del causante.

Las discordias de los Dres. Balbela de Delgue y Addiego Bruno refieren sólo a la cuestión de la validez o invalidez del testamento ológrafo otorgado en Argentina. Comparten los argumentos sostenidos por Vieira y Vaz Ferreira y señalan la evolución operada en el derecho internacional "favorable a la desolemnización en el sentido de que se ha acordado valor a formas antes excluidas, se ha flexibilizado el formalismo sin dejar de asegurar la eficacia de los elementos internos como expresión de voluntad [...] La historia y la exégesis de los Tratados de 1889 y 1940 demuestran esa evolución". Herbert critica esta sentencia de la Corte, a la que califica de "solitaria", ya que la misma pasa por alto la diferencia entre el orden público interno y el internacional y la declaración efectuada por Uruguay en ocasión de la firma de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, en Montevideo en 1979. A vía de ejemplo cabe citar la sentencia del TF 2° T, 31/8/1994, Viña Guillén de Prigue, Piatniza, Tobía (Caso 12.787, LJU T. CX, marzo-abril 1995, Arrighi), confirmatoria de la de 1ª Instancia, JF 10° T., Nande de Arezo, que señala la validez del testamento ológrafo otorgado en Argentina por el que se dispone sobre bienes situados en Uruguay, por tratarse de un acto solemne contemplado por el art. 44 del TMDCI de 1940.

932. En sentencia N° 63 de 9/6/1994, el TF 2° T, Piatniza, Viña Guillén de Prigue, Monserrat (*ADCU*, XXIV, Arrighi), el tribunal confirma el fallo N° 65, 6/5/1992, del Jdo. Ldo. de 1ª Instancia de Artigas de 2° T., que declaraba que M.P., domiciliada y adoptada por el causante en Brasil, tiene vocación sucesoria para concurrir como heredera legitimaria en la sucesión en Uruguay. El tribunal sigue básicamente la posición de Herbert, sostenida en consulta agregada en autos, quien advierte que el meollo del problema consiste en determinar el alcance extensivo de las categorías en juego, la filiación –cuestión previa– y la sucesión –cuestión principal–. La ley brasileña, aplicable a la filiación conforme el art. 2393 CC, la regula como categoría única, genérica y amplia; no sólo no distingue sino que prohíbe toda posible distinción o categorización filiatoria. La ley uruguaya aplicable a la sucesión no puede por tanto crear tipos de filiación no existentes según la ley que regula esta última categoría. Ves-

covi en cambio sostuvo, también en consulta agregada en dichos autos, que habiendo hijos legítimos, éstos excluyen en la sucesión uruguaya a la hija adoptiva M.P. Afirma que cada categoría debe regularse por su propia ley (art. 8 Convención de normas generales de la CIDIP II); en consecuencia resulta válida y eficaz la adopción realizada en Brasil conforme al derecho de aquel país, reconociéndosele a M.P. la calidad de hija adoptiva en Uruguay. Pero ésta carece de derechos sucesorios porque el derecho uruguayo excluye a los hijos adoptivos cuando hay hijos legítimos (art. 1025 CC).

El tribunal sostuvo que no tendría sentido "una aplicación aislada del art. 2400 CC sin referirnos a la incidencia del *status* de quien dice tener vocación hereditaria en la sucesión del causante en el mismo plano de concurrencia con los hijos legítimos". Con respecto al alcance que la legislación brasileña atribuye al hijo adoptivo, entiende el tribunal que debe equipararse en sus efectos al que en el derecho uruguayo se le adjudica a la adopción legitimaria o legitimación adoptiva (art. 4, Ley N° 10.674 de 20/11/1945), es decir, los mismos que si hubiera nacido del matrimonio. El fallo hace especial referencia al art. 227.VII.6 de la Constitución Federal de Brasil de 1988, a la Ley brasileña N° 8069 de 13/7/1990, al art. 3 CNG, y al art. 525.3 del CGP uruguayo que regula la aplicación del derecho extranjero de la misma forma que la Convención interamericana. Concluye, siguiendo a Vaz Ferreira, que:

> "(...) si para la ley brasileña M.P. es simplemente hija (sin distinción) del causante, no se advierte la razón de calificársele en nuestro régimen normativo regulador de la sucesión de aquél, como hija adoptiva, circunstancia ésta inobservante de la ley del domicilio a los efectos de definir el estado de la persona".

Bibliografía complementaria

ALBORNOZ, J.R., "El régimen internacional de la transmisión hereditaria", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe*, n° 1, 1982, pp. 78-93; ÁLVAREZ COZZI, C., "Vocación hereditaria de hija adoptiva brasileña en sucesión abierta en Uruguay", *ADCU*, XXIV; ARAUJO, N. de,

"Constituição brasileira e sucessão internacional: a aplicação da lei mais benéfica, *Rev. dos Trib.*, vol. 747, pp. 56-66; BARROSO, L.R., *Interpretação e aplicação da Constituição,* San Pablo, Saraiva, 1996, p. 45; CIURO CALDANI, M.A., "Unidad o fraccionamiento en la sucesión internacional", *Juris*, t. 31, pp. 223-228; FERMÉ, E. L., "Régimen sucesorio en el derecho internacional privado argentino, *JA*, 1967-III, pp 50 ss.; HOOFT, E. R., *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable. Unidad y pluralidad. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1981; PARDO, A. J., "Unidad sucesoria en el Código Civil. Reafirmación del principio", *LL*, 1982-A, pp. 695-700; RADZYMINSKI, A., "La herencia vacante en el derecho internacional privado argentino", *ED*, t. 145, pp. 317-326; RADZYMINSKI, A., "Ley aplicable a las sucesiones en el derecho internacional privado argentino", *ED*, t. 143, pp. 746 ss.; SMITH, J. C., "En torno al régimen internacional de las sucesiones", *ED*, t. 68, pp. 828 y ss.; TERRA CORBO, D. / SZEINBLUM, M. / HERBERT, R., "El testamento en el DIPr", *RAEU*, 74 (N° Extr.), 1988, pp. 557-565; UZAL, M.E., "Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado", *ED*, 30/10/1990; Vaz FERREIRA, E., *Tratado de las sucesiones*, t. I, Montevideo, 1967; VIEIRA, M. / HERBERT, R., "Testamento ológrafo otorgado en Argentina, disponiendo sobre bienes en la R.O.U. Su validez. Excepción de orden público internacional: ¿es aplicable para desecharla?", *RAEU*, 70 (7-12), 1984, pp. 671-677.

Sección IV
Situaciones esencialmente patrimoniales

Capítulo 22

Bienes materiales

Beatriz Pallarés

I. Aspectos generales

1. La regla *lex rei sitae*

933. Los bienes individualmente considerados son en principio sometidos a la ley del lugar de su situación (*lex rei sitae*). Esta fórmula se aplica sólo a los bienes corporales, que ocupan un lugar en el espacio. La *lex rei sitae* es adoptada para la regulación de los derechos reales en DIPr por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, por considerarse que responde a principios básicos del derecho de las cosas y a los intereses estatales en presencia (González Campos).

A lo largo de la historia del DIPr se han esgrimido distintos argumentos que justifican desde distintas perspectivas la sumisión de los bienes al derecho del lugar de su situación. Solía decirse –y aún hoy es posible reconocer resabios de este tipo de argumentos– que los bienes deben ser regulados por la ley del lugar de situación porque en ello está interesada la soberanía y el orden público del país de la situación. La primera afirmación incurre en el error de identificar el régimen de los bienes, que es de derecho privado, con el de la soberanía, que es de derecho público. La soberanía territorial se manifiesta en el poder del Estado de expropiar las tierras, también se pone de relieve en el ejercicio del poder impositivo, pero de ninguna manera la soberanía exige que la constitución, modificación y cancelación de los derechos relacionados con los bienes situados en un territorio se rijan necesariamente por el derecho vigente en éste. La aplicación de un derecho privado extranjero sobre el

territorio de un país no implica el ejercicio de una soberanía extranjera sobre ese suelo, donde permanece incólume la soberanía nacional. De lo contrario jamás podría pensarse en la aplicación de derecho privado extranjero fuera de los límites del territorio del país de su creación.

El recurso al orden público por otra parte suele confundir los supuestos de aplicación de las normas de DIPr. Las reglas emanadas del derecho del lugar de situación desplazan a las normas extranjeras que pudieran invocarse (por ejemplo en materia de registración de derechos sobre inmuebles) no porque deba funcionar la excepción del orden público, sino porque el derecho aplicable a esa cuestión es regularmente el derecho del lugar de situación.

934. Otra argumentación para justificar la sumisión de los bienes a la regla *lex rei sitae,* aludirá a la propiedad como fundamento de la constitución económica, señalando la relación existente entre el régimen de los derechos reales y el sistema económico de una comunidad. Así deberá reconocerse el interés de todo Estado en definir el régimen de los derechos reales sobre su territorio, ya que, como a través de ese sistema se asignan derechos sobre el uso exclusivo de bienes valiosos, la regla *lex rei sitae* garantizaría al Estado de situación de los bienes el control sobre la dominación de los bienes económicos (Diez Picazo).

935. Se argumenta también que someter los derechos reales a la ley de situación de las cosas, es la solución de DIPr que mejor se coordina con la función que tiene el derecho de las cosas. El régimen de la propiedad y de los derechos reales condiciona la asignación de recursos, su disfrute y explotación, tanto en lo que respecta a los bienes inmuebles como a los muebles situados dentro del país. Ese régimen reflejará una determinada política legislativa que sólo podrá lograrse si en todo el territorio del país se aplica la misma legislación. La aplicación de un derecho nacional foráneo en esta materia obligaría a las partes interesadas a investigar en cada caso la procedencia extranjera de un bien para determinar el estatuto nacional aplicable, lo que resultaría contrario a los intereses del tráfico jurídico internacional.

La seguridad del tráfico exige también uniformidad en el régimen de los derechos reales y la aplicación de la ley del lugar de la situación garantiza

esas condiciones uniformes dentro de cada país en relación con todos los bienes que se encuentran en el territorio nacional (González Campos).

936. La operatividad de los principios jurídicos sobre los que el legislador nacional basa su derecho material y sirven de soporte a sus decisiones de política legislativa sólo es posible mediante un régimen de "uniformidad", que es proporcionado por la regla *lex rei sitae* de un modo automático. Así por ejemplo algunos sistemas nacionales limitan la autonomía de los particulares, a los que no permiten constituir otros derechos que los prefijados legalmente, estableciendo en consecuencia el sistema del *numerus clausus*, en tanto que otros permiten el *numerus apertus* y buscan satisfacer otros intereses generales por otros caminos. Esta importante cuestión del grado de autonomía que cada sistema deja a los particulares, debe quedar resuelta en cada país, en un solo sentido para conseguir los objetivos previstos por el legislador (González Campos).

937. La regla *lex rei sitae* proporciona una solución fácil, segura y previsible al problema de determinar el derecho aplicable y no sólo permite tener en cuenta los intereses del país de situación de los bienes sino que también posibilita contemplar el interés de un titular de un derecho sobre un bien, ante el traslado de ese bien a otro ámbito nacional. Esto es porque la generalizada admisión de la regla en las legislaciones nacionales lleva implícito un principio de reconocimiento de los derechos constituidos en el extranjero. Ello implicará consecuencias adicionales. Desde la perspectiva del DIPr, porque deberá preverse una reglamentación especial para los bienes destinados a la exportación, y desde la del derecho material porque se deberá prever un régimen de continuidad para los derechos constituidos en el extranjero.

938. Los mismos argumentos que fundan la regla sirven para la concreción del significado de la conexión, que se concreta siempre por la situación "de hecho" de las cosas, por el lugar de su presencia física. No importa el modo como la cosa haya llegado a ese país, sino el hecho de que se encuentre allí en el momento relevante. Tanto si su presencia ha sido consentida por su titular o no, si es legal o ilegal, temporal o permanente, el lugar de situación efectiva del bien opera como conexión.

Todas esas circunstancias podrán ser valoradas después por el derecho nacional que resulte aplicable (González Campos).

2. Opción básica de reglamentación: unidad de régimen legal o distinción entre muebles e inmuebles

939. La aplicación de la *lex rei sitae* unánimemente aceptada en materia de derechos sobre bienes inmuebles fue en cambio cuestionada en lo que refiere a la propiedad y otros derechos sobre bienes muebles. Los estatutarios italianos y sus seguidores en Francia, Holanda, Inglaterra, Escocia y Alemania, habían desarrollado la regla de que tales derechos están sujetos a la ley del domicilio del propietario o del poseedor. Esa regla fue incorporada a un significativo número de codificaciones.

La destrucción o, tal vez con mayor propiedad, la limitación del alcance de esa regla resulta de la sistematización del principio de la *lex rei sitae* realizada por Savigny, que se pronuncia por el establecimiento de un mismo régimen legal aplicable tanto a los bienes inmuebles como a los muebles. El fundamento jurídico lo encuentra Savigny en el hecho de que las partes al invocar un derecho sobre una cosa se han sometido voluntariamente a la ley del lugar de la situación donde se encuentra la sede de la relación jurídica. En tal sentido expresaba que quien desea adquirir o ejercitar un derecho sobre una cosa se transporta con esa intención al lugar que ocupa y, para esa especial relación, se somete al derecho de la localidad. Así, cuando se dice que los derechos reales se juzgan según el derecho del lugar donde la cosa se encuentra (*lex rei sitae)*, se parte del mismo principio que cuando se rige el estatuto de la persona por la *lex domicilii*. Si en el domicilio se busca una situación a las personas en el espacio en la cual se cumplirán actos jurídicos generados en esa "sede" del individuo, así tratándose de bienes inmuebles (y por asimilación los muebles) que tienen lugar físico en el espacio, será la ley del lugar de situación la que rija todos los actos jurídicos que le conciernen. Savigny restringe en consecuencia la esfera de aplicación de la antigua regla estatutaria al caso de sucesión a los muebles por causa de muerte y al sistema de propiedad matrimonial, mientras que con respecto a la creación y transferencia de derechos

reales en cosas consideradas individualmente sigue el principio de la *lex situs*. El derecho anglo-americano conservó la regla estatutaria más tiempo que los demás sistemas jurídicos, en parte debido a la influencia de Story. Sin embargo el derecho americano no sigue ya esa teoría, ha adoptado la posición continental europea que somete los muebles también a la *lex situs* (Wolff).

940. Lo cierto es que si con relación a los inmuebles es ineludible admitir que el régimen de la propiedad y de los derechos reales condiciona la asignación de recursos, su disfrute y su explotación, ello es así también con relación a los muebles. El legislador para fomentar la circulación de la riqueza y la actividad económica debe adoptar una serie de decisiones de política legislativa. El legislador nacional puede optar por una circulación segura de los bienes (que favorece los intercambios y refuerza el "valor de cambio" de las cosas) o por el mantenimiento del orden de atribución del derecho (que favorece la posición del titular, la seguridad del derecho y por lo tanto el "valor de uso" del bien). En el primer caso, gana la seguridad del tráfico, primando la posición del tercero adquirente frente al anterior propietario. En el segundo se prefiere la seguridad del derecho subjetivo, primando la protección del propietario frente a toda desposesión no autorizada. Ese propósito legislativo sólo se logra plenamente si la legislación se aplica a todo bien que se encuentre en el territorio del país en cuestión (González Campos).

3. Estatuto real y estatuto patrimonial

941. Tradicionalmente, la expresión "estatuto real" se utiliza para referirse al derecho nacional aplicable a las cosas consideradas individualmente. El estatuto real se define por la naturaleza de las cuestiones que agrupa, que son las que conciernen directamente a los bienes (Mayer). En similar sentido se ha dicho que, en atención a su finalidad, se entiende que con esa expresión se hace referencia a las normas que se ocupan de la reglamentación jurídica de los derechos reales considerados en sí mismos (Pérez Vera). Esta ley determina su régimen jurídico y los derechos reales que pueden recaer sobre las cosas.

Ahora bien, los bienes de una persona pueden ser considerados individualmente o como integrantes de una comunidad patrimonial. En el "estatuto real" los bienes son considerados individualmente. Ello se contrapone con la noción del "estatuto patrimonial", o sea con el derecho que rige los bienes considerados como integrantes de un conjunto, de una comunidad patrimonial determinada.

Si el estatuto real se ocupa de las cosas *uti singuli* y de las transmisiones a título singular, al estatuto patrimonial le corresponderá en cambio decidir (constituir y regular) las consecuencias jurídicas reales "derivadas" de la pertenencia del bien a una universalidad patrimonial determinada. Los bienes considerados individualmente son en principio sometidos a la ley del lugar de su situación (la *lex rei sitae).* En supuestos que carecen de contactos extranjeros relevantes, el mismo derecho que ha reglamentado el derecho de las cosas y de los bienes considerados singularmente coincide con el derecho aplicable a la comunidad patrimonial de que se trate. En el DIPr, en cambio, será necesario considerar hipótesis de aplicación de distintos sistemas jurídicos a las cosas consideradas *uti singuli* o *uti universi* y por ende las relaciones que se establecerán entre el derecho aplicable a los bienes considerados individualmente o como integrantes de un patrimonio especial (herencia, comunidad matrimonial, etc.).

Debe considerarse que la pertenencia de un bien a una comunidad jurídica, no priva al bien de su individualidad. Por lo tanto el estatuto patrimonial no puede ordenar ninguna consecuencia o efecto real que sea incompatible con el sistema de derechos reales del país donde el bien concreto en cuestión esté situado. En este sentido, el estatuto real individual "condiciona" al estatuto patrimonial (González Campos). Las limitaciones que opondrá el régimen de la ley del lugar de situación de los bienes a la aplicación del estatuto patrimonial, resultarán de la mayor o menor rigidez del régimen adoptado por el país de situación de los bienes.

4. El poder de atracción del *situs* y sus matices

A) Alcance de la regla *forum rei sitae*

942. La atribución de competencia a los tribunales del lugar de situación de los bienes constituye un principio universalmente aceptado. Sin

embargo, su unánime admisión no excluye la necesidad de realizar algunas consideraciones en orden al carácter y alcance de la regla *forum rei sitae*. Debe tenerse presente que la estrecha relación existente entre los derechos reales y el Estado de situación de los bienes inmuebles se plantea de diferente manera en el sector derecho aplicable que en el de la jurisdicción.

Si se piensa en los derechos reales sobre bienes inmuebles, la localización del derecho con el cual el caso tiene la relación más estrecha, su sede, se vincula con la pretensión de que la reglamentación material sea sólo una. En tanto que en el ámbito de la competencia judicial internacional, la vinculación exigida es por lo general bastante más débil, contentándose con un mínimo de contactos, ya que las exigencias de realización de la justicia provocan en muchos casos la apertura de diversos foros de competencia para el mismo supuesto.

En materia de derechos reales la aplicación y extensión de las reglas *lex rei sitae* y *forum rei sitae*, compartirán el peso de una tradición acrítica que en el primer caso conduce a la expansión de la aplicación de la regla a materias que deben ser regidas por otros estatutos y, en lo que respecta a la determinación de la competencia internacional, a la expansión competencial del foro *rei sitae* a causas meramente vinculadas con cuestiones de carácter real, y a la atribución del carácter de exclusividad a la regla de jurisdicción del *forum situs*.

943. La razonabilidad del foro del lugar de situación de las cosas resulta tan evidente como la justificación de la aplicación del derecho del lugar de situación a las cuestiones de carácter real que versen sobre bienes localizados en ese territorio. Pero así como se verá que la aplicación de la regla *lex rei sitae* debe restringirse a los derechos sobre la cosa *(jura in re)* excluyéndose su aplicación en lo que refiere a derechos que se ejercen a propósito de una cosa *(jura ad rem)*, similar distinción cabe a la atribución de jurisdicción a los jueces del lugar de situación, sobre todo en orden a limitar el carácter de exclusivo con que esta regla suele plantearse en los distintos derechos nacionales.

Por ello, si bien las virtudes de la coincidencia entre *forum* y *ius* pueden conducir a los legisladores nacionales a dictar normas de competencia exclusiva para las cuestiones atinentes a derechos reales sobre inmuebles, será inevitable que el campo efectivo de aplicación de esa norma de

competencia internacional exclusiva sea restringido a los supuestos en que se verifique con claridad la *ratio* que ha conducido a esa solución (Fernández Arroyo).

944. Una distinción básica debe realizarse entre acciones reales y acciones personales. Cuando en el ámbito de la competencia internacional se habla de derechos reales sobre bienes inmuebles se alude a las acciones reales de naturaleza reivindicatoria y no a los negocios que se producen en torno al derecho real. Desde esta perspectiva, la acción real se concibe como aquella que tiene por objeto reclamar el cese de la intromisión de un tercero sobre el dominio de la cosa. Los contratos celebrados con el objeto de constituir un derecho real inmobiliario, no quedan asimilados en su tratamiento normativo a ese derecho real (Fernández Arroyo). En este último caso, la competencia del tribunal del *situs* sólo puede tener carácter concurrente con otros foros razonables.

B) Alcance de la regla *lex rei sitae*

945. Las cuestiones que quedan comprendidas dentro del estatuto real refieren a los derechos sobre la cosa *(jura in re)*. En cambio los derechos que se ejercen solamente a propósito de una cosa *(jura ad rem)*, como el derecho del locatario por ejemplo, escapan a la *lex situs* para quedar sometidas a la *lex contractus*. Será necesario también determinar el dominio del estatuto real en orden a su distinción con el ámbito de aplicación de las reglas que regulan la capacidad y la forma de los actos.

El estatuto real determina las cosas que pueden ser objeto de derechos reales y su régimen jurídico. Rige la creación, modificación, transmisión y pérdida de los derechos reales. Decide respecto de su existencia, tipos de derechos reales que se pueden constituir y respecto de su titularidad. Los modos de adquisición de derechos reales quedan incontestablemente sometidos a la ley real (ocupación, posesión, accesión, etc.). El estatuto real determina el sistema de constitución y transmisión de los derechos reales así como sus condiciones y requisitos necesarios para el nacimiento de un derecho real.

La adquisición de un derecho real que es la resultante de un hecho o de un acto jurídico queda sometido a la ley que rige tal hecho o acto ju-

rídico; existiendo distintas causas de adquisición o de transferencia de tales derechos: contratos, sucesión, régimen matrimonial. La ley que rige estas relaciones (autonomía de la voluntad en el caso de los contratos o la ley del último domicilio o la de la nacionalidad en el caso de la sucesión) determinan bajo qué condiciones se producirá la adquisición o transmisión de un derecho. La *lex rei sitae* decidirá si para constituir un derecho real se requiere de un contrato, y qué condiciones debe reunir ese contrato para producir un efecto real. Las condiciones de validez (de fondo y forma) de ese acto jurídico, son regidas por la ley aplicable al contrato, pero la producción de efectos reales ya no queda sometida a la *lex contractus* sino a la *lex situs*, que podrá exigir por ejemplo la forma del instrumento público, registración, etcétera.

Los derechos reales son derechos *erga omnes* y ello hace que sus condiciones de creación sean de interés general, por lo que quedan sometidas a la ley *situs*. El contrato podrá ser válido y obligar a las partes, pero no tendrá efectos reales si no se han cumplido los requisitos y condiciones impuestos por la *lex rei sitae*. También la ley del lugar de la situación decidirá si el negocio o contrato produce directamente efectos reales o si por el contrario para que esos efectos se produzcan será necesario realizar actos tales como la tradición, la inscripción en un registro, etcétera.

En algunos sistemas jurídicos la transmisión del derecho real se produce *solo consensu* (con independencia de la entrega de la cosa o de la inscripción), en cambio otros sistemas –como el argentino– exigen la tradición y registración, y sólo cuando éstas han tenido lugar se produce la transferencia de la propiedad.

946. El estatuto real determina el contenido y efectos de los derechos reales. El conjunto de poderes que el titular puede ejercitar sobre la cosa (facultades de exclusión, persecución, disposición, etc.) y sus límites. La misma ley determina el alcance del derecho frente a terceros (la oponibilidad y sus condiciones) y los medios de "defensa" acciones disponibles (aunque condicionadas en este último extremo por el derecho procesal del foro) (González Campos).

También la *lex situs* regula las exigencias de publicidad de los actos de constitución, transmisión y extinción de los derechos reales, tanto so-

bre bienes muebles como sobre inmuebles. La expresión "publicidad" debe ser objeto de una interpretación amplia para abarcar todos los medios que se pueden emplear para divulgar o extender el conocimiento de un acto, que posibilitan o aseguran el acceso de los terceros al conocimiento de los actos de trascendencia real. La *lex situs* determinará además si las exigencias de publicidad son requeridas para la constitución del derecho, o sólo hacen a su plena oponibilidad frente a terceros, o si tienen un mero carácter informativo.

Las exigencias de publicidad y registro son especialmente importantes en materia de bienes inmuebles, por ello en muchos países la constitución de un derecho real sobre un inmueble requiere de su inscripción en un Registro de la Propiedad. Lo mismo ocurre con algunos medios de transporte (automóviles, naves y aeronaves). Las condiciones de inscripción las regula el país del registro, que es el de la situación de la cosa (geográfica o jurídica). En el caso de los inmuebles la *lex rei sitae* y en el caso de naves y aeronaves la del país que le otorgó el uso de la bandera.

947. El cambio de localización de los bienes enfrentará la necesidad de considerar el problema del conflicto móvil y por ende las modalidades de aplicación de la regla *lex rei sitae*. Esto no quiere decir que la posición jurídica adquirida se revise sin más conforme la ley de la nueva localización del bien. Las dos leyes se aplican sucesivamente, cada una de ellas a hechos y actos que acaecen mientras el bien está situado en su territorio. Por lo tanto, la ley del país de la nueva localización sólo se aplicará a los hechos, actos y acontecimientos de carácter real que tengan lugar desde ese momento.

Toda adquisición o pérdida de un derecho real producida en un país es reconocida en el país de la nueva situación del bien, ya que el cambio de frontera jurídica no produce cambios por sí. Por ello es que, con fundamento en la seguridad jurídica, puede hablarse de un "principio de continuidad" de un derecho real, que responde a la idea del respeto a los derechos adquiridos antes del cambio de situación del bien. Pero ese principio debe conciliarse con otro: "el principio de adecuación" a los intereses del tráfico del país de la nueva situación donde el bien pasa a integrarse y donde el derecho real va a desplegar sus efectos (González Campos).

948. La aplicación sucesiva de las leyes de localización de las cosas transportadas de un país a otro, implica un reparto temporal de competencias en los siguientes términos: a) la adquisición, modificación, transmisión o pérdida de un derecho real se rige por la ley del lugar de la situación de la cosa en el momento en que tienen lugar los hechos de los que deriva. El cambio de situación no produce modificaciones; b) el régimen jurídico actual del bien y de los derechos adquiridos, sus efectos y su ejercicio quedan sometidos a la ley del lugar de la nueva situación. La ley de la nueva situación delimita los efectos del derecho y su contenido efectivo. Por ello dice Kegel que la adquisición de un derecho real queda fijada en el tiempo (ley del país de la situación al momento en que se produjo la adquisición, por compra por ejemplo), mientras que sus "consecuencias", sus efectos, se rigen por la ley del país al que el bien sea trasladado; c) los derechos adquiridos "se reconocen" en los demás países, hasta que en el lugar de la nueva situación tienen lugar nuevos hechos de trascendencia real. Si para la ley de este país, esos hechos sirven para extinguir, modificar o trasmitir el derecho real sobre la cosa, el derecho real quedará por consiguiente extinguido, modificado o transmitido, ya que han sido llevados a cabo bajo el imperio de la ley del nuevo lugar de localización (González Campos).

II. Régimen legal de los bienes materiales

1. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

949. Los Tratados de Montevideo no han recogido la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. El Capítulo IX del TMDCI de 1889 y el Capítulo X del TMDCI de 1940 contienen la reglamentación aplicable a los bienes, cualquiera sea su naturaleza. Ambos tratados declaran que los bienes son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen, en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles (arts. 26 TMDCI de 1889 y 32 TMDCI de 1940).

950. El TMDCI (1889) dispone además que los buques situados en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de su matrícula (art. 27). Los cargamentos de los buques en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de destino definitivo de las mercaderías (art. 28). Los arts. 30 y 31 del mismo Tratado, refieren al cambio de situación de los bienes muebles, disponiendo el primero de ellos que el cambio de situación no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. El artículo siguiente agrega que los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos requeridos, privan sobre los del primer adquirente.

Conforme al art. 52, la prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de situación del bien gravado. Si el bien gravado fuere mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir (art. 53). Los mismos principios se aplican en materia de prescripción adquisitiva.

951. En lo que refiere a la jurisdicción dispone el art. 67 que las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre la que recae la acción. Si se trata de cosas situadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de cada uno de ellas.

952. El TMDCI (1940) contiene en el art. 34 el mismo principio general referente a los bienes y a la carencia de efectos del cambio de situación de los bienes muebles adquiridos de conformidad a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Dispone también que, sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la situación para la adquisición y conservación de tales derechos. El segundo párrafo del mismo artículo dispone que el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativas y judiciales que originariamente fueron aplicables. Las normas sobre prescripción adquisitiva y

extintiva también declaran aplicable la ley del lugar de situación del bien (arts. 52 y 54). Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción será regida por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir tanto en supuestos de prescripción adquisitiva como liberatoria (arts. 53 y 55).

953. El art. 64 del TMDCI (1940) reproduce las mismas reglas que el Tratado de 1889 otorgando jurisdicción a los jueces del lugar de situación de los bienes (art. 64).

954. Como queda dicho, los TM no distinguen la regulación de los bienes muebles e inmuebles. Pero cabe considerar si la distinción entre los bienes considerados *uti singuli* y *uti universi* se ha traducido en los Tratados al reglamentar el estatuto real y el estatuto patrimonial. Reiteradamente se ha expresado que los Tratados introducen el sistema del fraccionamiento en materia sucesoria y que el estatuto real avanza –sobre todo en el Tratado de 1889– sobre los estatutos patrimoniales.

La lectura de las actas del Congreso de Montevideo de 1888/9, brinda la explicación del sistema. En la exposición efectuada por el miembro informante de la Comisión de Derecho Civil, Dr. Quintana, se sostenía que el régimen de los inmuebles afecta el más alto grado del interés social de la nación donde están ubicados y que, siendo un principio incontestable que la ley personal debe subordinarse a la territorial cuando el interés social resulte comprometido, será la ley del lugar de situación de los inmuebles la que se aplica en definitiva, precisamente en atención al interés social cuyos límites no es dado fijar de antemano con toda precisión y cuya intervención no puede menos de complicar las cuestiones de suyo graves que lleguen a suscitarse. De esta manera Quintana concluía que la materia de las sucesiones no depende tanto de las relaciones del heredero con su causante, como de la organización de los pueblos a los cuales su aplicación debe afectar en los principios constitutivos del gobierno de la sociedad, de la familia y de los bienes.

Concordando con lo expresado por el miembro informante, la mayoría de la comisión sostuvo que en el caso de una sucesión, de la manera de dividirla, de la parte de los bienes que se puede disponer entre vivos o por testamento, del haber de la viuda o hijos, de la legítima, etcétera,

es necesario someterse a las costumbres de los lugares en que los fundos están situados.

955. Conforme lo expuesto, se advertirá en el TMDCI de 1889 un avance del estatuto real sobre el estatuto patrimonial. Así en materia sucesoria, la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona será la que rija la forma del testamento, la capacidad de la persona para testar, la capacidad del heredero para suceder, los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite, en suma todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria. En lo que respecta al régimen de bienes del matrimonio las prohibiciones contenidas en la ley del lugar de situación de los bienes, desplazan el estatuto matrimonial. En lo relativo a la patria potestad puede verse que conforme al art. 15, los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallen situados.

Las posiciones territorialistas que se reflejan en el fraccionamiento del Tratado de 1889 retroceden en algunas materias en el Segundo Congreso Sudamericano de 1939/40. El estatuto matrimonial del primer domicilio conyugal sólo cederá ante el estatuto real, en materias de estricto carácter real. Sólo en estas materias la *lex situs* desplazará al derecho del primer domicilio conyugal. En materia de patria potestad, tutela y curatela la ley del domicilio se aplica en todo lo que no afecte los derechos reales. Nuevamente la noción de cuestión de carácter real justifica el funcionamiento del derecho del lugar de situación de los bienes como límite a la aplicación del estatuto patrimonial. En materia sucesoria en cambio no se advierte mayor avance, pese a que el delegado argentino Carlos M. Vico expresaba que el título "De las Sucesiones" había sido modificado levemente, atenuándose con ello la cruda territorialidad del Tratado de 1889.

El TMDCI de 1940 regula en general los contratos que han de servir de títulos de derechos reales por la ley de la situación del bien. Pero por excepción regula la hipoteca por la ley del lugar a que está sujeto el contrato principal (art. 41); regula la donación por la ley del domicilio del benefactor (art. 39) y regula otros contratos por la ley del lugar de celebración (art. 40) en una no explicada contradicción con la regla general (Alfonsín).

B) Código Bustamante

956. El Libro Primero del Código dedicado al derecho civil internacional, refiere a los bienes en el Título II. Enuncia la regla general en el art. 105, sometiendo los bienes, cualquiera fuera su clase, a la ley del lugar de situación. Sin perjuicio de los derechos de terceros, esta ley se aplicará para distinguir entre bienes muebles e inmuebles y a las demás clasificaciones y calificaciones jurídicas de los bienes (arts. 112 y 113). Sin embargo, cuando se trata de un bien mueble en permanente traslación, hay que estimar que su situación coincide con la de su propietario o tenedor y, en tal caso, se tendrá como competente la respectiva ley domiciliaria.

La morigeración de la regla del *situs* a favor de la del domicilio se encuentra en el art. 110, que con relación a los muebles dispone que en ausencia de norma en sentido contrario, se entenderá que los bienes muebles de todas clases están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor. De esta regla se exceptúan expresamente las cosas dadas en prenda que se consideran situadas en el domicilio de la persona en cuya posesión se hayan puesto (art. 111).

La prescripción adquisitiva o extintiva de derechos reales sobre bienes muebles o inmuebles se rige por el derecho del lugar de la situación de los mismos (arts. 227 y 230).

En supuestos de cambio de situación de las cosas muebles que se encontraren en camino de prescribir, la prescripción adquisitiva o extintiva se regirá por la ley del lugar donde se encuentre la cosa al completarse el tiempo señalado para prescribir (arts. 228 y 231).

957. Para los medios de transporte marítimo, el CB trae las siguientes previsiones que se aplican también a las aeronaves: la nacionalidad de las naves se prueba por la patente de navegación y la certificación del registro; el pabellón es su signo distintivo aparente; la ley del pabellón rige las formas de publicidad requeridas para la transmisión de la propiedad; la misma ley rige los derechos de los acreedores después de la venta de la nave; la facultad de embargar y vender judicialmente una nave, esté o no cargada, se somete a la ley del lugar de su situación; finalmente la hipoteca marítima y los privilegios o seguridades de carácter real constituidos de acuerdo a la ley del pabellón tienen efectos extrate-

rritoriales aun en aquellos países cuya legislación no conozca o no regule tales actos (Bonnemaison Winkel-Joham).

958. Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes muebles, el art. 324 otorga competencia al foro del lugar de situación, y si ésta no fuera conocida por el demandante, al del domicilio del demandado y en su defecto al de su residencia.

El artículo siguiente mantiene la competencia del foro del lugar de situación de los bienes para el ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles y para el ejercicio de acciones mixtas de deslinde y división de comunidad. Agrega el artículo 326 que en los casos a que refieren los artículos anteriores, si hubiere bienes situados en más de un Estado contratante, podrá acudirse al foro del lugar de situación de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley del lugar de su situación.

La elección de foro queda excluida en materia de acciones reales o mixtas sobre inmuebles si la prohíbe la ley del lugar de situación de los mismos (art. 318).

2. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños

A) Argentina

959. El CC argentino proporciona definiciones sobre las cosas, los bienes y el patrimonio. Conforme al art. 2311 se denominan cosas los objetos materiales susceptibles de tener un valor, expresando a continuación que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales suceptibles de apropiación. El art. 2312 agrega que los objetos materiales suceptibles de valor e igualmente las cosas se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye un patrimonio.

El CC argentino trata del régimen de los bienes *–ut singuli–* en los arts. 10 y 11 y del Título Preliminar, distinguiendo los bienes raíces de los bienes muebles.

960. El art. 10 dispone que:

> "(...) los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de

las partes, a la capacidad para adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar dichos actos. El título por lo tanto a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

La norma condensa una variada problemática. En primer término cabe señalar que adoptando una metodología unilateralista, sólo refiere a bienes inmuebles situados en la Argentina. La interpretación literal del art. 10 conduciría a sostener que no puede aplicarse otro derecho que el argentino a todos los aspectos que regula. Sin embargo como toda norma de aplicación exclusiva deberá ser interpretado restrictivamente (Boggiano).

Así la calificación –"su calidad de tales"– de inmuebles o muebles se rige por la *lex situs* y si están situados en el país, serán de aplicación los arts. 2311 a 2323 del CC. Los "derechos de las partes" sobre los inmuebles son los derechos reales calificados según la ley material de la situación del inmueble en el país. La ley argentina decide cuáles son los derechos reales admisibles adoptando el sistema del *numerus clausus* (arts. 2502 y 2503). En cuanto a la "capacidad para adquirirlos" se han intentado distintas interpretaciones. Se ha propuesto hacer prevalecer la *lex situs* sobre la ley domiciliaria apoyándose en una interpretación literal y teniendo en cuenta que el codificador en este punto ha seguido a Story (Chávarri).

La interpretación literal del art. 10 no resulta consistente con el sistema domiciliar seguido en materia de capacidad por el derecho argentino, que muestra la influencia de Savigny plasmada en los arts. 6, 7 y 948 CC. Si el art. 10 se aplicase a materias que exceden las cuestiones de carácter real se produciría una suerte de derogación del sistema de normas de conflicto del Código Civil. Tanto el recurso al sistema como al principio de la armonía internacional de las soluciones conduce a admitir que la aplicación de "las leyes de la República" a "la capacidad para adquirirlos" conduce a la aplicación de las normas de conflicto de los artículos 6, 7 y 948 (tesis del reenvío interno propiciada por Calandrelli y Alcorta y actualmente por Boggiano, entre otros).

961. La expresión contenida en el art. 10 relativa a "los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar dichos actos"

no se refiere sólo al sistema de transmisión de la propiedad raíz, sino a toda constitución o mutación de derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina. A raíz de la reforma introducida al art. 2505 por la Ley N° 17.711 y posteriormente por la Ley N° 17.801 se exige escritura pública (portante del documento causal), tradición e inscripción registral.

Los diferentes modos de adquisición de derechos reales sobre inmuebles situados en Argentina a que refiere el art. 10 son los previstos en el CC. Así por ejemplo, conforme al art. 2524 el dominio se adquiere por apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción adquisitiva. Estos modos pueden constituir contratos. De los modos adquisitivos hay que distinguir los títulos. En la tradición por ejemplo, muchas veces el título es un contrato (compraventa, donación, etc.). Estos contratos son los títulos de muchas tradiciones traslativas del dominio de una cosa. En este orden de ideas si se toma en cuenta la distinción entre título (causa) y modo, el artículo 10 no se refiere al contrato causal, que debe juzgarse por las normas de los arts. 1205 a 1214.

La última parte del art. 10 que dispone que "el título por lo tanto a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad a las leyes de la República", incurre en una confusión entre título y modo, ya que las palabras "por lo tanto" sugieren que se está resumiendo lo expuesto en el primer párrafo.

La expresión "las solemnidades que deben acompañar dichos actos" somete a las formas prescritas por la ley argentina la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el país. Corresponde en consecuencia aplicar los arts. 1211 y 3129, que excepcionan en la especie la aplicación de la regla general *locus regit actum* expresada en los arts. 12 y 950 CC.

962. Al regular la forma de los contratos celebrados en el extranjero, el art. 1211 establece:

> "(...) los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en territorio del Estado, siempre que consta-

> ren en instrumento público y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden del juez competente".

La ley del lugar de situación del inmueble (*lex causae*) impone la forma del instrumento público. Su calificación como instrumento público y la reglamentación de su obtención quedan regidas en cambio por el derecho del lugar de otorgamiento de dicho instrumento. Por otra parte debe recordarse que la legalización puede ser substituida por aplicación de las normas de la Convención de La Haya de 1961, que suprime la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros (Ley N° 23.458).

963. En lo que refiere a la constitución de hipotecas sobre inmuebles situados en la República, dispone el art. 3129:

> "(...) puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el art. 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República".

Cabe realizar dos observaciones. En primer término se destaca que lo que se protocoliza es el instrumento portante y no la obligación en sí. Por otra parte se señala que a diferencia de las hipotecas constituidas en el país que, cuando son registradas dentro del término legal, producen efectos respecto de terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria (3137 CC), la hipoteca constituida en el extranjero –si es registrada dentro del término fijado, seis días desde que el juez ordene la protocolización– produce efectos desde el día en que mereció aprobación judicial el pedido de protocolización.

La solución es consistente con la expresada en el art. 1211 CC, ya que el título que produce la adquisición, modificación o extinción de derecho

real sobre bien situado en el país es la orden judicial. Como consecuencia de ello, si entre la fecha en que se constituyó la hipoteca en el extranjero y la fecha en que el juez extranjero ordenó la protocolización, se enajenara o constituyeran otros derechos reales sobre el inmueble, estos derechos serían válidos y la hipoteca no afectaría a los terceros que hubieren adquirido tales derechos. La hipoteca registrada produce efectos respecto de terceros desde el día de la inscripción (Kaller de Orchansky).

En otro orden de ideas, se ha sostenido que el art. 3129 además de imponer requisitos de forma y registro a la constitución de hipotecas sobre inmuebles sitos en el país, contiene una norma de aplicación inmediata que impone la aplicación del derecho argentino a la causa de la hipoteca (Boggiano).

964. En materia de muebles el CC, en el art. 11, establece:

> "(...) los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos son regidos por las leyes del lugar en que están situados, pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño".

De esta manera se brinda una calificación autárquica de bienes muebles con y sin situación permanente, estableciendo una excepción respecto de estos últimos de la aplicación de la ley del lugar de situación en beneficio de la ley del domicilio del dueño.

A fin de distinguir entre los muebles *in transitu* y los muebles de situación permanente no es posible acudir a un criterio objetivo, ya que los muebles considerados en sí mismos siempre pueden ser trasladados. Por otra parte, cabe distinguir dos tipos de muebles móviles: los muebles de "exportación" que son destinados a ser transportados y los muebles de uso personal del dueño.

La jurisprudencia argentina se ha expedido distinguiendo entre los muebles con situación permanente (sujetos a la *lex situs)* y los muebles en tránsito o móviles. La doctrina ha propuesto que –como regla– los muebles se estiman con situación permanente; la excepción la constitu-

yen los muebles de exportación y los de uso personal. A los primeros se aplica la *lex situs* y a los segundos la ley del domicilio del propietario. Pero a su vez esta regla sufre dos excepciones, ya que también a los muebles sin situación permanente se les aplica la ley del país de su situación, si se la desconoce (por ejemplo, con respecto a cosas perdidas), o si la persona del dueño está en tela de juicio (como normalmente sucede en juicio de reivindicación).

965. La jurisprudencia argentina, que generalmente somete la herencia sobre bienes inmuebles y muebles con situación permanente al derecho del lugar de su situación, ha retenido esta calificación de los muebles con situación permanente distinguiéndolos de los muebles en tránsito o muebles móviles (si cabe la expresión). Las acciones de sociedades anónimas han sido consideradas "sin situación permanente" por las Cámaras civiles en pleno de la Ciudad de Buenos Aires (27/8/1914 *Fallos de la Cam. Civ. 1ª*, p. 272). Sin embargo fueron consideradas con situación permanente acciones de un Banco de préstamos hipotecarios, en virtud del capital inmobiliario representado por esas acciones (Cam.Civ.1ª, Cap.Federal 20/3/1922, *JA*, 8-125). Se ha juzgado decisiva la intención del dueño de transportarlas o no (CNCiv-D, 22/12/1957, *JA*, 1958-II-93 y CNCiv-B, *ED*, 6-975).

966. La Ley de la navegación (N° 20.094) contiene disposiciones internacionales relativas a buques en los arts. 597 y siguientes. De conformidad a ellos, la nacionalidad del buque se determina por la ley del Estado que otorgó el uso de la bandera, dicha nacionalidad se prueba con el respectivo certificado, legítimamente expedido por las autoridades competentes de dicho Estado. La ley de la nacionalidad del buque rige lo relativo a la adquisición y a la transferencia y extensión de su propiedad, a los privilegios y de otros derechos reales o de garantía. La extensión de esos derechos se regula por la ley de la nacionalidad que legalmente tenga el buque en el momento en que se verifique el cambio de bandera (art. 599). Las hipotecas y cualquier otro derecho de garantía sobre buques de nacionalidad extranjera, regularmente constituidos y registrados según sus leyes, son válidos y producen efectos en la República con arreglo a lo establecido en los artículos preceden-

tes, siempre que exista reciprocidad del respectivo Estado (art. 600). El derecho de embargar, tomar cualquier otra medida precautoria y vender judicialmente un buque, se regula por la ley del lugar de su situación (art. 611).

967. Los distintos proyectos de reforma del Código Civil argentino que han sido encargados sucesivamente a comisiones de juristas, por el Poder Ejecutivo o por las Cámaras Legislativas, proponen una restricción de la aplicación de la *lex situs* a las materias de carácter real. La distinción entre bienes muebles e inmuebles no desaparece, pero las soluciones se aproximan, incorporando además reglas para supuestos de traslado de bienes muebles al país.

B) Brasil

968. En lo que se refiere al derecho brasileño sobre bienes en general conviene notar que Brasil, siguiendo la tradición romano-germánica, adopta un sistema mixto que exige el *modus* y el *titulus* para la transferencia del dominio. De esta forma se diferencia tanto del sistema francés como del sistema alemán. Así, en el derecho brasileño, para efectuar la transferencia de la propiedad es necesaria la suma del título (v.g., contrato de compra y venta, sucesión hereditaria, etc.) y la tradición o registro de la cosa para consustanciar la efectiva transmisión. En el caso de los bienes muebles, la efectiva transmisión de la propiedad se dará por la tradición, en tanto que para los inmuebles solamente a través del registro la misma será efectiva. De esta forma, el título por sí solo no tiene la condición de transferir la propiedad, pues su eficacia es meramente obligacional, no operando efectos *erga omnes*.

Así, cuando se estudian las reglas relativas al DIPr, se tiene que la relación jurídica multiconectada será compleja, pues podrá abarcar cuestiones relativas al título, o sea, los aspectos contractuales, y aquellas relativas a los derechos reales transmitidos y que determinan diversas cualidades de los bienes, tanto muebles como inmuebles. La complejidad de la situación descripta será objeto de un fraccionamiento, por ocasión de la determinación de la ley aplicable a cada aspecto de la relación jurídica. De esta forma, será imposible tratar de la cuestión relativa a los

bienes de forma aislada, sin tenerse en consideración los demás aspectos implicados en la cuestión, pudiendo haber más de una ley aplicable a cada una de las situaciones. De esta forma, los modos de transferencia de la propiedad (convencional o legal), y todo lo demás que abarque derechos reales (tradición, propiedad precaria, posesión, efectos de la posesión, etc.) son en verdad cláusulas contractuales. Con esta exégesis doctrinal, al art. 8 volvió a ser lo que era el art. 10, esto es, un artículo sobre bienes y derechos reales.

969. La regla aplicable a los bienes en Brasil, conforme al art. 8 de la LICC, es la *lex rei sitae*, siendo aplicable *uti singuli* (o sea a bienes muebles e inmuebles), siguiendo la tradicional doctrina del DIPr que remonta al periodo estatutario. Esta norma es llamada por Valladão "la decana de las reglas de conexión" y puede ser considerada un principio universal, con preponderancia cuando aparece en relación con otras normas de conexión. Nótese, además, que la extraordinaria fuerza de la *lex rei sitae* se da porque ésta hace coincidir ley aplicable con la autoridad aplicadora, uniendo *lex causae* y *lex fori* pues la regla está en conjunto con la jurisdicción normalmente acordada a los jueces del lugar en que los bienes están situados. En ese sentido, véase el propio ordenamiento brasileño que además de la regla establecida en el art. 8 de la LICC, posee el art. 89 y sus incisos del CPC con la regla de competencia exclusiva, que se condice con la *lex rei sitae* de la Ley de Introducción. De esta forma, si fuere aplicada una ley extranjera en otra jurisdicción a un bien situado en Brasil, no podrá, en el futuro, ser ejecutado aquí, por fuerza del artículo 89 del CPC. El límite funcionará de regla para el reconocimiento de actos practicados en el extranjero, pues será negado cualquier pedido de homologación de decisión extranjera cuyo tenor verse sobre bienes situados aquí.

Se aplica, también, la *lex rei sitae* a la calificación de los bienes y a las relaciones a ellos concernientes. Como bien acentúa Oscar Tenório, todos los bienes situados en Brasil serán calificados según la ley del lugar de su situación. Es una norma que tiene valor territorial y se funda en el orden público.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia de Paraná (Apelación Civil 3376/1986) aplicó el art. 8 LICC para determinar la observancia de la

ley brasileña, que exige el consentimiento del otro cónyuge para la venta del inmueble, aun cuando pertenezca a matrimonio extranjero, pues entendió que la situación era respecto del bien, y no la ley de la capacidad, ejerciendo así la facultad de calificar la situación jurídica explicitada en el inicio del art. 8, declarando, al final, nula la venta del inmueble.

970. Para distinguir los derechos reales de los derechos personales, clasificar bienes en muebles o inmuebles, regular todos los derechos incluidos en el derecho de las cosas, y disciplinar los modos de transmisión y pérdida de la propiedad debe calificarse a esas situaciones también por la *lex rei sitae* (Valladão). Pues, solamente siguiendo la ley del lugar del bien se podrán determinar los derechos reales existentes sobre ellos y sus efectos. Por ejemplo, véase el caso brasileño, en que rige el principio de la tipicidad para los derechos reales limitados y la posesión no es enumerada entre los derechos reales.

C) Paraguay

971. Sobre la legislación aplicable a los bienes el CC paraguayo se ocupa del tema en el Título preliminar, art. 16: "los bienes, cualquiera sea su naturaleza, se regirán por la ley del lugar donde estén situados, en cuanto a su calidad, su posesión, su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". La norma tiene por fuente el Anteproyecto De Gásperi en su artículo XXI, del título preliminar adoptado por la Comisión de Codificación en su proyecto, con base en el art. 26 del TMDCI de 1889 y el 32 del TMDCI de 1940. En la nota puesta por De Gásperi al artículo XXI menciona como fuente también el art. 10 del Código de Vélez y el art. 105 del Código Bustamante.

La disposición referida a los bienes singularmente considerados, no como una universalidad, determina la ley de situación como regla. Establece el Código como regla la ley de situación de los bienes, para determinar la ley aplicable tanto a los inmuebles como a los muebles. Por consiguiente la *lex rei sitae*, rige:

– La calidad del bien. Se refiere a la determinación de la naturaleza del bien, la distinción entre cosa mueble o inmueble, o de bien material

o intelectual. La calificación, como regla general en DIPr, es realizada en base a la ley del foro o *lex fori*, constituyendo la calificación en relación con los bienes una excepción a esta regla.

– La posesión. Los derechos sobre la cosa y sus efectos son comprendidos en la disposición y son regidos igualmente por la ley de situación.

– La enajenabilidad. La ley de situación determina cuáles bienes están fuera del comercio. Así, nos encontramos con el art. 739 del CC:

> "(...) se prohíbe la compraventa, aunque sea en remate, por sí o por interpósita persona:
> a) a los esposos entre sí, aun separados de bienes;
> b) a los representantes legales o convencionales, de los bienes comprendidos en su representación;
> c) a los albaceas, de los bienes correspondientes a la testamentaría en que desempeñasen su cargo;
> d) al Presidente de la República, y a sus ministros, de los bienes del Estado, de las municipalidades, o de los entes descentralizados de la administración pública;
> e) a los funcionarios y empleados públicos, de los bienes del Estado, o de las municipalidades, o de los entes descentralizados de cuya administración estuviesen encargados; y
> f) a los magistrados, fiscales, defensores de incapaces y ausentes y otros funcionarios, abogados, procuradores, escribanos, peritos, respecto de los bienes en los juicios en que intervengan o hayan intervenido.
>
> Lo establecido en el inciso a) no rige para las adjudicaciones de bienes que, por liquidación de la sociedad conyugal, se hagan los esposos en pago de aportes o del deber de uno de ellos".

La ley de situación rige también las restricciones que la ley de situación impone a ciertos bienes como los sujetos al bien de familia, aquellos que corresponden a incapaces o que precisan de alguna autorización especial impuesta por la ley. Como por ejemplo el art. 741 CC:

> "(...) los padres, tutores y curadores, pueden adquirir los bienes de sus hijos y pupilos o de los incapaces, cuando en ellos tuvieren derechos como partícipes en la propiedad o usufructo, o los tuvieren como acreedores hipotecarios por título propio, o por su subrogación legal,

y la venta hubiere sido dispuesta por juez competente, con la intervención de un tutor especial, nombrado antes de disponerla y de los funcionarios tutelares de menores".

– Las relaciones de carácter real. Restricciones en razón de garantías reales como la hipoteca, la prenda o el usufructo.

972. La regla para la determinación de la ley aplicable a los bienes es la ley de situación del bien, sin distinción sobre la calidad de mueble o inmueble, pero la naturaleza de uno y otro determinan alguna situaciones particulares. En el caso de los inmuebles su fijeza en el territorio no ofrece dudas que constituye el elemento de principal conexión; en el caso de los muebles, como pueden ser transportados o cambiados de lugar, es preciso realizar algunas distinciones.

El Código Civil se ocupa de los efectos de la traslación de bienes muebles y las consecuencias para el adquirente, quien podría verse expuesto o menoscabado en su derecho con motivo de la movilización del bien y por imperio de la ley de situación cuando es transportado a la órbita de otra legislación. La disposición contenida en el Título preliminar, art. 18 primera parte del CC dice específicamente que "el cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición".

El segundo párrafo de la primera parte del art. 18 CC, previendo la situación de que ciertos bienes deben ser registrados o reunir las exigencias de publicidad del nuevo lugar de situación de la cosa mueble para su protección jurídica o como obligación legal, dispone que en estos casos los interesados están obligados a cumplir las exigencias de fondo y forma determinadas por la ley de la nueva situación a los efectos de mantener el derecho adquirido o la conservación del mismo.

Del mismo modo, tomando en cuenta que la movilización del bien puede estar fundada en innovar respecto de la legislación y jurisdicción competente, ya iniciada una acción real, el CC dispone en el segundo párrafo del art. 18 que "el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables". No obstante, terceros de buena fe pueden verse afectados, antes de que se

hayan cumplido los requisitos de fondo y forma del nuevo lugar de situación, en cuyo caso conforme al artículo 19 CC: "los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente".

973. Hemos visto que según el art. 16 CC los bienes son regidos por la ley del lugar de situación en cuanto a su calidad, su posesión, su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. Esta regla admite sin embargo la validez de actos jurídicos efectuados en el extranjero que tengan por objeto bienes en la República, bajo ciertas condiciones. El art. 24 CC establece que:

> "(...) los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y sólo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público".

Conforme a las reglas del Código Civil podemos determinar que el acto jurídico sobre un bien inmueble en la República, se rige en cuanto a sus formas por la ley del lugar de celebración, pero respecto de la naturaleza del bien, su enajenabilidad y efectos de carácter real, deberá ajustarse a la ley de situación del bien. El régimen de publicidad de estos actos queda perfeccionado con la inscripción en la Dirección de Registros Públicos previa orden judicial.

D) Uruguay

974. La categoría bienes está regulada en el artículo 2398 del Apéndice del CC que opta por la unidad del régimen de los bienes, estableciendo que "cualesquiera sea su naturaleza son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde se encuentran" (*lex rei sitae*). Se trata de una categoría amplia y genérica. El alcance extensivo de la misma está determinado a texto expreso, no quedando por tanto librado al intérprete, y

comprende la calidad, posesión, enajenabilidad absoluta y relativa y todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles los bienes. Es decir que la calidad de mueble o inmueble del bien está comprendida en el alcance extensivo de la categoría genérica "bienes", y será por tanto a la ley del lugar de la situación del bien a la que corresponderá determinar su calidad. A dicha ley corresponde también calificar los derechos reales, determinar cuáles bienes son susceptibles de derechos reales, si son divisibles o no, y si son alienables o no. El art. 2324 CC, por su parte, se refiere a los contratos hipotecarios celebrados en el extranjero, estableciendo que producirán hipoteca sobre bienes situados en nuestro país si son inscriptos en el Registro competente (por Ley N° 16.871 art. 17.1 –Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria–).

975. Con respecto a la jurisdicción internacionalmente competente, se aplica el art. 2401 del CC, que establece como criterio general que "son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones", es decir en el caso de los bienes, los del Estado de su situación. La norma agrega que "tratándose de acciones personales patrimoniales éstas podrán ser ejercidas a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado". Esta norma fue mantenida, con idéntica redacción, en el art. 34 de la Ley N° 16.750 sobre organización de los tribunales, de 24/6/1985. Conforme al art. 2403 del CC, estas reglas de competencia no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que la ley competente lo autorice (ver Cap. 5.IV).

976. Como ya se dijo, los bienes muebles no son objeto de una regulación autónoma, sino que caen dentro del alcance extensivo de la categoría bienes prevista en el art. 2398 CC, que los regula por la ley del lugar de su situación. Con respecto a los bienes de situación transitoria, el principio general es que éstos se localizan allí donde se encontraren y se regulan por la ley de dicho lugar. En el caso publicado con el N° 402 del *ADCU*, XXIII, el TAC de 1er. Turno, en sentencia N° 8 del 16/2/1992 (Gutiérrez, Barcelona, Parga) entendió que se debían aplicar las normas nacionales para resolver una cuestión relativa a la titularidad del domi-

nio de un automóvil extranjero cautelado (acción de exclusión), en virtud de lo dispuesto en el art. 2398 CC (Arrighi).

Supongamos, siguiendo el ejemplo propuesto por Alfonsín, que una persona, procedente de Alemania y con destino a Chile, donde se domicilia, desembarca momentáneamente en el aeropuerto de Carrasco, donde fallece de un síncope. Se encuentran en su poder una serie de letras de cambio de gran valor. Conforme al art. 2398, dichos bienes muebles se encuentran en Uruguay, con todas las consecuencias que ello implica, como la necesidad de abrir sucesión aquí (art. 2400 CC).

Pero si bien es cierto que cada cambio de situación variará la ley que rija al bien, nótese que ello no puede afectar los derechos constituidos en la vieja situación. Así por ejemplo, si bien la regla general debe ser que cuando se realiza un contrato que versa sobre un bien, "los derechos reales que emerjan de ese contrato deben regirse por la ley de la situación del bien en el momento de la celebración del contrato", las partes

> "(...) *tienen un derecho adquirido que debe ser respetado cualquiera* sea el lugar donde el bien se transporte. Es por eso que, si se celebra en Uruguay una compraventa de un bien mueble, pero antes de que se produzca la tradición efectiva del mismo (requisito necesario para que opere el traslado de la propiedad en el derecho uruguayo, arts. 758, 769, 1686, siguientes y concordantes), el vendedor traslada el bien a un Estado donde éste opera por el mero consentimiento, será necesario que se realice efectivamente la tradición para que se traslade la propiedad del bien" (Alfonsín).

977. El siguiente ejemplo propuesto por Alfonsín también es ilustrativo a este respecto: si una persona tiene un derecho real de prenda sin tenencia, y amparado en esa circunstancia el propietario del bien traslada la cosa prendada a un Estado donde sólo se admite la prenda con tenencia. "¿Se ha extinguido por esa circunstancia el derecho real de prenda al pasar de un Estado a otro donde la ley es distinta? Si nos atenemos solamente a la ley de la situación debemos contestar que sí, puesto que la prenda sólo tenía vigencia en el Estado donde se había constituido. Al cruzar la frontera y regirse por la ley de la mera situación, desaparecería el primitivo derecho de prenda". Obviamente esta solución resulta absurda, como concluye Alfonsín, ya que no pueden lesionarse los dere-

chos adquiridos legítimamente amparándose en lo que dispone la ley de la nueva situación.

978. Alfonsín señala que las disposiciones del Código Civil con respecto a la categoría bienes son mucho más simples que las contenidas en los Tratados de Montevideo y que prevén menor número de casos, por lo cual supletoriamente habría que recurrir a lo previsto en dichos tratados. Cabría recurrir entonces a las normas respectivas en materia de créditos, cambio de situación de los bienes muebles, derechos adquiridos por terceros, etc. Corresponde aquí tener en cuenta el "medio histórico" de interpretación de las normas, o sea "el examen de los trabajos preparatorios, los discursos parlamentarios, las exposiciones de motivos, etc.", que resulta particularmente importante con respecto al Apéndice del CC uruguayo (Tálice), ya que como lo sostuviera su autor, Vargas Guillemette, en su exposición de motivos, "su íntima conexión con los principios sustentados por los tratados vigentes [se refiere a los de Montevideo de 1889] y por los recientemente aprobados [refiere aquí a los de 1940], tiene además la virtud de derivar a éstos la fuente de interpretación de tales disposiciones"; concluye Tálice sosteniendo que dado que, conforme a lo expuesto, sirven de fuente de interpretación de las normas del Apéndice los principios contenidos tanto en los Tratados de Montevideo de 1889 como en los de 1940, parece lógico recurrir a "una interpretación de tipo progresivo", optando en principio por las soluciones de los Tratados de 1940, ya que al ser posteriores reflejan la evolución operada en la materia respectiva.

Bibliografía complementaria

ALFONSÍN, Q., "El régimen internacional de los bienes (contrato y propiedad)" y "El régimen internacional de los créditos", *Escritos jurídicos*, t. II, parte 2, Montevideo, FCU, pp. 245-264 y 323-350; ARRIGHI, P., "Jurisprudencia uruguaya actual de derecho internacional privado. Derecho civil internacional", *RUDIP*, núm. 2, 1997, pp. 101-119; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1998; VARGAS GUILLEMETTE, A., *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1943.

Capítulo 23

Bienes inmateriales

Miguel Armando y Delia Lipszyc

I. Derecho de autor

1. Derecho de autor: noción y contenido. Su ubicación en los derechos de propiedad intelectual

979. El derecho de autor es la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan originalidad (individualidad) resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.

El derecho de autor reconoce en cabeza del creador de dichas obras intelectuales una doble vertiente de facultades exclusivas, oponibles *erga omnes*, que forman el contenido de la materia:

- facultades de carácter personal concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, destinadas a garantizar intereses intelectuales, que conforman el llamado derecho moral, y
- facultades de carácter patrimonial concernientes a la explotación de la obra que posibilitan al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado derecho patrimonial.

El derecho moral del autor está integrado por:

- el derecho a divulgar su obra o a mantenerla reservada en la esfera de su intimidad;
- el derecho al reconocimiento de su paternidad intelectual sobre su obra;

- el derecho al respeto y a la integridad de su obra, es decir, a que toda difusión de ésta sea hecha en la forma en que el autor la creó, sin modificaciones, y
- el derecho de retracto o arrepentimiento por cambio de convicciones y a retirar su obra de la circulación –o del comercio–.

El derecho moral es de carácter extrapatrimonial y, en principio, tiene duración ilimitada.

El derecho patrimonial del autor consiste en el derecho a la explotación económica de la obra, que el autor puede realizar por sí o autorizando a otros:

- la reproducción de la obra en forma material (edición, reproducción mecánica, inclusión en la memoria de una computadora, etcétera);
- la comunicación pública de la obra en forma no material a espectadores o auditores por medio de la representación y de la ejecución públicas, la radiodifusión (que engloba la radio puramente sonora y la televisión), la exhibición cinematográfica, la exposición, la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en el mercado electrónico, etc., y
- la transformación de la obra mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, etcétera.

El derecho patrimonial es objeto de diversas excepciones y su duración es limitada.

980. Las obras literarias, artísticas y científicas son el objeto del derecho de autor. Las interpretaciones y ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, las fijaciones fonográficas y las emisiones de radiodifusión son el objeto de los derechos conexos.

En el área de los derechos de propiedad industrial, las invenciones que dan como resultado un nuevo producto o un nuevo procedimiento de aplicación industrial son el objeto del derecho de patentes; las marcas, los nombres comerciales y las indicaciones geográficas (indicaciones de procedencia y denominaciones de origen) son el objeto del derecho de los signos distintivos; los dibujos y modelos industriales son el objeto del derecho de dibujos y modelos industriales; las obtenciones vegetales son objeto de un sistema especial de protección, diferente de la protección del derecho de patentes en cuanto solo concierne a la comercialización de los ma-

teriales para la producción de nuevas variedades vegetales (semillas, etc.), pero no al cultivo y comercialización de los vegetales en sí mismos; no se trata de una solución nueva de un problema técnico, sino de una nueva obtención o variedad vegetal que, por una o más características esenciales, se distingue de cualquier otra cuya existencia fuese conocida en cualquier país al momento de solicitar la protección; el objeto de la protección jurídica de los circuitos integrados (que son dispositivos electrónicos construidos en pequeñas piezas semiconductoras –o *chips*– que están destinados a cumplir distintas funciones electrónicas en equipos de muy diversas dimensiones y funciones) no son –como señala Massaguer– dichos circuitos integrados (ni el *chip* o producto semiconductor) sino los "diseños de trazado" o "esquemas de trazado" (en inglés *layout design*) o "topografías", es decir, el elemento creativo constituido por la disposición espacial de los elementos electrónicos integrados y de las conexiones establecidas entre ellos, tanto si se encuentra incorporada en el propio *chip* o en la expresada por medios tales como máscaras, dibujos o cintas magnéticas.

Todos estos derechos tienen por objeto bienes inmateriales, aunque no todos sean derechos reconocidos en virtud de actos de creación intelectual (caso, por ejemplo, del derecho sobre los signos distintivos). Los bienes inmateriales dan origen a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza: mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimular y recompensar la creación intelectual, otros, medie o no creación intelectual, se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores.

Nos referimos, pues, a los bienes inmateriales que constituyen el objeto de los comúnmente llamados *derechos de propiedad intelectual*, pues también se pueden considerar como bienes inmateriales los derechos que no se relacionan con ningún bien material, por ejemplo, la clientela de una empresa comercial.

La protección contra los actos de competencia desleal contrarios a las prácticas honestas en materia industrial y comercial, que son el objeto del derecho de la competencia –incluidos los derechos relativos a los secretos industriales y comerciales (como parte de la represión de la competencia desleal)– no tiene por objeto un aporte intelectual (invención, modelo de utilidad, dibujo, etc.) sino que está destinada a lograr la abstención de prácticas deshonestas en materia industrial y comercial.

981. El derecho de autor presenta connotaciones comunes a las otras materias que integran los derechos sobre bienes inmateriales: objeto inmaterial, carácter exclusivo, oponibilidad *erga omnes* y transmisibilidad del derecho de explotación. Sin embargo, el derecho de autor se diferencia sustancialmente de los demás derechos sobre los bienes inmateriales, entre otros, por tres señaladas razones:

- tiene por objeto un resultado de creatividad intelectual con prescindencia de su aplicación industrial;
- una vez que el autor ha decidido divulgar su obra, tiene derecho a que su nombre o seudónimo se mencionen cada vez que la obra es reproducida o comunicada al público –o a permanecer anónimo–, a que se respete la integridad de su creación y a arrepentirse y retirarla de la circulación. En cambio el derecho moral del inventor, una vez que se decide patentar la invención, se resume fundamentalmente en el derecho al reconocimiento de su condición de inventor en la solicitud de patente, o en todo otro documento oficial, de acuerdo con las legislaciones nacionales;
- el derecho exclusivo del autor tiene origen en el acto de creación de la obra y no en el registro, es decir, que a diferencia de lo que sucede con los derechos de propiedad industrial, el derecho de autor nace al mismo tiempo que la obra y no del reconocimiento de la autoridad administrativa.

2. La protección de las obras extranjeras

982. Por lo general, las normas de fuente interna indican cuáles son las obras a las que consideran nacionales, atribuyendo esta calidad a las que presentan algún punto de conexión con el país ya sea en razón de la persona del autor, por ejemplo, su nacionalidad, su domicilio o su residencia habitual (personales); de la obra, por ejemplo, el lugar de su primera publicación (reales), o de ambas (mixtos). Las obras que no presentan alguno de los puntos de conexión establecidos en la ley nacional se consideran obras extranjeras y son protegidas de acuerdo con las convenciones internacionales de las que el país sea parte. A falta de tratado con el país de origen de la obra, se aplica la protección prevista en la norma de derecho internacional privado de fuente interna.

983. La ley nacional puede declararse aplicable también a las obras extranjeras (sistema de la territorialidad o del trato nacional) algunas veces sin sujeción a condición de reciprocidad, como en Paraguay (Ley N° 1328 de 1998, art. 180) y Uruguay (Ley N° 9739 de 1937 reformada por Ley N° 17.616 de 2003, art. 4), aunque por lo general aparece esa condición, como en Argentina (Ley N° 11.723 de 1933, art. 13) y en Brasil (Ley N° 9610 de 1998, art. 2). Pese a que la aplicación de la ley del país de origen de la obra (*lex loci originis*) tiene fundamento científico, toda vez que asegura que la obra estará sometida a un solo estatuto y recibirá el mismo tratamiento en todos los países, sin embargo fue acogida solo excepcionalmente, como en el Tratado de Montevideo de 1889 sobre propiedad literaria y artística. En cambio, la aplicación a las obras extranjeras de la misma ley que a las nacionales (trato nacional) tiene fundamento pragmático y determina que la obra sea protegida por un mosaico de legislaciones y tenga un *status* distinto en cada país, pero contribuye a allanar los problemas que origina la explotación internacional de las obras: evita las dilaciones y dificultades que se derivan de la prueba del derecho del titular de conformidad con la ley extranjera, teniendo en cuenta que la fugacidad de la mayor parte de las utilizaciones de obras en infracción a los derechos de autor, determina que la celeridad en el reconocimiento de que la obra extranjera goza de protección en el país sea indispensable para que la tutela resulte eficaz.

La aplicación a las obras extranjeras de la ley nacional del Estado donde se reclama la protección (trato nacional) es receptada por las legislaciones internas y la casi totalidad de las convenciones internacionales, como el Convenio de Berna, la Convención Universal, el Acuerdo sobre los AADPIC de la OMC, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, y también en las convenciones del sistema interamericano, con excepción –como se dijo– del primer Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística. En algunos aspectos el trato nacional se suele subordinar a la condición de reciprocidad, como en materia de duración del derecho, cuando es mayor que en el país de origen de la obra (por ejemplo, en el Convenio de Berna –Acta de París, 1971–, art. 7, §8 y en la Convención Universal, art. IV, §4).

3. Reglamentación convencional mundial

A) El Convenio de Berna

984. El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, firmado el 9 de septiembre de 1886, revisado y complementado en varias oportunidades, continúa siendo el instrumento básico de la protección internacional del derecho de autor en razón de su alto nivel de protección y del gran número de países en los que se aplica. Al 15 de enero de 2003 formaban parte de la Unión de Berna 149 Estados, entre ellos, todos los Estados mercosureños. Brasil ingresó en 1922 en la Unión creada por el art. 1° del Convenio de Berna, mientras que Argentina y Uruguay lo hicieron en 1967 y Paraguay en 1992. Es el tratado multilateral más antiguo y, desde su adopción, fue un factor decisivo de uniformación de las legislaciones nacionales a través de los contenidos mínimos de protección, hasta un punto tal que en muchos países el Convenio de Berna fue fuente de sus leyes nacionales mucho antes de que los respectivos Estados adhirieran a él, por ejemplo, Argentina, Paraguay y Uruguay, entre los países del MERCOSUR.

El Convenio de Berna se fue plasmando en etapas sucesivas, a través de revisiones periódicas previstas por éste desde su origen (art. 17 del Acta originaria) y que se sucedieron, aproximadamente, cada veinte años: Berlín (1908), Roma (1928), Bruselas (1948), Estocolmo (1967) y París (1971). También tiene tres complementos: París (1896), Berna (1914) y Ginebra (1979). Actualmente, todos los países del MERCOSUR forman parte de la Unión de Berna a través del Acta de París de 1971.

985. La estructura básica del Convenio de Berna, desde el Acta originaria está constituida –como señala Claude Masouyé– por dos grandes categorías de disposiciones: en primer lugar las disposiciones sustantivas o de fondo destinadas a reglamentar lo que se llama el derecho material; a continuación, las disposiciones administrativas y las cláusulas finales, que se refieren a cuestiones de carácter administrativo o estructural. Se admite generalmente que las disposiciones sustantivas o de fondo se dividen, a su vez, en normas convencionales y normas de remisión.

Las normas convencionales constituyen el *ius conventionis* integrado por un conjunto de reglas de protección mínima uniformemente aplicables. Las normas de remisión, como destaca Masouyé, no aportan soluciones sino que su finalidad es zanjar los conflictos de leyes remitiendo la cuestión al ordenamiento legal del país en el que se reclama la protección. Las disposiciones administrativas instituyen los órganos de la Unión de Berna, contienen normas de índole meramente administrativas y definen, en el plano del derecho internacional público, los derechos y obligaciones de los países de la Unión.

986. De acuerdo al art. 1 del Convenio de Berna, los Estados se constituyeron en estado de Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas y se creó (art. 16 del acta originaria de 1886) la "Oficina de la Unión Internacional para la protección de obras literarias y artísticas" sometida a la alta autoridad de la Administración superior de la Confederación suiza. La Oficina de la Unión de Berna fue establecida en 1887 en la ciudad homónima. En 1883 el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial había adoptado el mismo sistema; por razones de economía, en 1893 ambas Oficinas quedaron agrupadas bajo el nombre de Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual y mencionadas corrientemente como "Oficinas de Berna". A principios de la década de 1960 la sede de las Oficinas se trasladó a la ciudad de Ginebra y, a partir de entonces, se las mencionó por su sigla en francés BIRPI (*Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*). En la revisión de Estocolmo (1967) se estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, conocida por su sigla OMPI (en inglés WIPO) y se dispuso que ésta es continuación de los BIRPI.

987. El texto vigente del Convenio de Berna, aprobado por el Acta de París de 1971, adopta como criterios principales para determinar su aplicación tanto la nacionalidad o residencia habitual de los autores como el lugar de primera publicación de la obra. De este modo protege a los autores que sean nacionales de un país de la Unión (art. 3, §1, a) o que tengan su residencia habitual en alguno de esos países (art. 3, §2) respecto de sus obras publicadas y no publicadas. También protege a los autores

que no sean nacionales ni tengan residencia habitual en algún un país de la Unión, respecto de las obras que hayan publicado por primera vez en algunos de esos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión (art. 3, §1, b). Publicación simultánea (art. 3, §4) es la realizada en un país de la Unión dentro de los treinta días siguientes a su primera publicación.

Se establecen criterios subsidiarios para ciertos tipos de obras: las obras cinematográficas también quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio cuando el productor tenga su sede o su residencia habitual en alguno de los países de la Unión. Cuando se trate de coproducciones, será suficiente que uno de los coproductores tenga su sede social o su residencia habitual en un país de la Unión; las obras arquitectónicas están incluidas en el Convenio si están edificadas en un país de la Unión; y las obras de artes gráficas y plásticas si están incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión.

988. Son obras publicadas las editadas con el consentimiento de sus autores cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación: la representación de una obra dramática, dramático musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica (art. 3, §3).

El concepto de publicación comprende a las obras cinematográficas aunque los ejemplares de éstas no se pongan a la venta sino que se comuniquen al público mediante la proyección o la teledifusión y también a ciertas obras musicales (sinfonías, conciertos) y dramático musicales (óperas, operetas, zarzuelas, etc.) de cuyas partituras se editan pocos ejemplares que las editoriales no venden sino que alquilan a los empresarios o a los intérpretes.

989. País de origen de la obra es para las obras publicadas, el de la primera publicación; cuando se trate de obras publicadas simultáneamente en varios países de la Unión que admitan términos de protección

diferentes, es aquél de entre ellos que conceda el término de protección más corto; para las obras publicadas simultáneamente en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión, es éste último; para las obras no publicadas y para las obras publicadas por primera vez en un país que no pertenezca a la Unión (sin publicación simultánea en un país de la Unión) es el país de la Unión a que pertenezca el autor (art. 3, §§1, 2 y 4). Se exceptúan las obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en un país de la Unión, pues éste será el país de origen; también se exceptúan las obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión y las obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión, pues éste será el país de origen (art. 4).

990. La protección que dispensa el Convenio se basa en los principios básicos del trato nacional (art. 5, §1), la independencia de la protección (art. 5, §2) y la protección mínima (art. 5, §1, *in fine*) y en la protección automática (art. 5, §2). El convenio no se aplica a las obras nacionales (art. 5, §3).

991. El trato nacional (o asimilación de la obra extranjera a la nacional): desde el Acta originaria de 1886, la ley aplicable a las obras protegidas en virtud del Convenio de Berna es la ley del país de la Unión donde se reclama la protección; en consecuencia, las obras unionistas recibirán el mismo trato que las nacionales, sin sujeción a reciprocidad (art. 5, § 1: "Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, (...) de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales (...)").

La posibilidad de subordinar el trato nacional a condición de reciprocidad está excluida del Convenio, salvo en cinco casos excepcionales: 1) respecto de las obras de las artes aplicadas cuando en el país de origen sólo están protegidas por la legislación especial sobre diseños y modelos industriales (art. 2, §7); 2) respecto de determinadas obras de nacionales de algunos países que no pertenezcan a la Unión el Convenio autoriza expresamente que se aplique la retorsión, al prever la posibilidad de restringir la protección respecto de esas obras (art. 6, §1); 3) cuando el

país donde se reclama la protección establece plazos superiores a los mínimos convencionales, pues, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra (art. 7, §8); 4) en el caso del derecho de participación o "*droit de suite*" (art. 14 ter, §2) y 5) en el caso de los países desarrollados extraños a la Unión que, al adherir al Convenio, declaran que se acogen al régimen llamado "de los diez años" en materia del derecho exclusivo de traducción (art. 30, §2 b) *in fine*).

992. La independencia de la protección: también data de la revisión de Berlín y significa que la extensión de la tutela es la otorgada por el país donde se reclama la protección, con independencia de la amplitud que tenga en la ley del país de origen de la obra (art. 5, § 2: "El goce y el ejercicio de estos derechos (...) son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra").

993. La protección mínima, que se encuentra en el Convenio desde el Acta originaria de 1886, está constituida por un conjunto de disposiciones uniformemente aplicables. Cuando las disposiciones del derecho interno no alcanzan los mínimos garantizados *iure conventionis*, son completadas con éstos (art. 5, § 1: "Los autores gozarán (...) en los países de la Unión (...) de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio").

Las normas que aseguran la protección mínima son las que enumeran las obras protegidas (art. 2); los derechos reconocidos: el derecho moral (art. 6 bis) y los derechos patrimoniales –de reproducción, incluido el derecho de grabación de obras musicales (art. 9), de traducción (art. 8), adaptación, arreglos y otras transformaciones (art. 12), de representación y ejecución públicas (art. 11), de recitación pública (art. 11 ter), de radiodifusión y distribución por cable (art. 11 bis), los derechos relativos a las obras cinematográficas (arts. 14 y 14 bis) y el "*droit de suite*" (art. 14 ter)– y a la duración de los derechos (art. 6 bis, § 2 y art. 7). El Convenio también estipula las limitaciones admitidas (art. 2, § 8; art. 2 bis; art. 9, § 2; arts. 10 y 10 bis; art. 11 bis, § 2 y 3; art. 13, § 1, y art. 30, § 2, b) y la posibilidad de solicitar medidas cautelares (art. 16).

994. La protección automática (o ausencia de formalidades) fue adoptada en la revisión de Berlín (1908) y, de acuerdo a ella, la protección se concederá sin supeditarla al cumplimiento de ninguna formalidad establecida en las legislaciones nacionales como condición para la existencia o el ejercicio del derecho (art. 5, § 2: "El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad (...)").

B) La Convención Universal

995. La Convención Universal sobre derecho de autor adoptada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952 (y revisada una sola vez, en París, 1971), es producto de la coexistencia simultánea y separada, en sus respectivas áreas de influencia, de dos grandes sistemas, el del Convenio de Berna –al que pertenecían los países europeos, con sus colonias africanas y asiáticas, y los integrantes del *Commonwealth*, pero que no lograba universalizarse– y el de las Convenciones interamericanas, lo cual determinó que, al menos desde 1928, se comenzara a propugnar la idea de la unificación.

La Convención Universal pudo cumplir el propósito de armonizar las distintas convenciones, arreglos y tratados en la materia y lograr la universalización de la protección internacional del derecho de autor, al abandonar la pretensión de alcanzar una legislación uniforme o un ascenso en el nivel de protección. Los países que aún no se consideraran en condiciones de asegurar el cumplimiento de los derechos y las garantías que el Convenio de Berna reconoce a los autores, podían adherir, en una primera etapa, a la Convención Universal y después a aquél. Se buscó que no quedaran países fuera del sistema internacional de protección del derecho de autor.

996. La principal diferencia entre los países del sistema de Berna y los del sistema interamericano residía en el tema de las formalidades, especialmente en los Estados Unidos de América donde su cumplimiento constituía una condición *sine qua non* de la protección (*"a condition of copyright"*). La manera de superar la cuestión fue simplificando las formalidades: de acuerdo con el art. III, §1 "todo Estado contratante que, según su legislación interna, exija como condición para la protección de los derechos de los autores el cumplimiento de formalidades tales como depósito, registro, mención, certificados notariales, pago de tasas, ma-

nufactura o publicación en el territorio nacional" asume el compromiso de considerar satisfechas tales exigencias respecto de toda obra protegida por la Convención si, desde la primera publicación de dicha obra, "todos sus ejemplares, publicados con autorización del autor o de cualquier otro titular de sus derechos, llevan el símbolo © acompañado del nombre del titular del derecho de autor y de la indicación del año de la primera publicación".

997. Ante el peligro de una deserción masiva de los países que habían ratificado el Convenio de Berna para incorporarse a la Convención Universal, menos constrictiva, en el art. XVII de la Convención Universal y la Declaración anexa relativa a dicho artículo se estableció que el Convenio de Berna no será afectado por la Convención Universal (art. XVII). Como consecuencia, en la Declaración anexa relativa al art. XVII se establece que la Convención Universal no será aplicable en las relaciones entre los Estados ligados por el Convenio de Berna en lo referente a la protección de las obras que, de acuerdo con este último, tengan como país de origen uno de los países de la Unión de Berna (§b) y las obras que según el Convenio de Berna tengan como país de origen un país que, después del 1° de enero de 1951, se haya retirado de la Unión creada por el mismo, no serán protegidas por la Convención Universal en los países de la Unión de Berna (§a).

La Convención Universal resuelve también las relaciones con las convenciones del sistema interamericano (art. XVIII) mediante tres reglas básicas: 1) la Convención Universal no deroga las convenciones o acuerdos del sistema interamericano; 2) en caso de divergencia entre la Convención Universal y las convenciones o acuerdos del sistema interamericano prevalece la de fecha más reciente y 3) la Convención Universal no afecta los derechos adquiridos en cualquier Estado contratante en virtud de convenciones y acuerdos existentes con anterioridad a la fecha en que la primera entre en vigor en tal Estado.

C) El Acuerdo sobre los AADPIC

998. El Acuerdo de la OMC sobre los AADPIC (Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) muchas

veces mencionado por su sigla inglesa TRIPs (*trade-related aspects of intellectual property rights*), versa sobre materias tan diversas como: derecho de autor y derechos conexos (arts. 9 a 14); marcas de fábrica o de comercio (arts. 15 a 21); indicaciones geográficas (arts. 22 a 24); dibujos y modelos industriales (arts. 25 y 26); patentes (arts. 27 a 34); esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados (arts. 35 a 38) y protección de la información no divulgada (art. 39).

El Acuerdo sobre los AADPIC es uno de los veintiocho acuerdos multilaterales a los que adhirieron todos los Estados miembros al ratificar el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y al cual se incorporaron los resultados de la Ronda Uruguay. El Anexo 1C del Acuerdo de la OMC es el AADPIC y el Anexo 2 es el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. El 1° de enero de 1996, el antiguo GATT quedó absorbido por la OMC. Al 1° de enero de 2002 eran miembros de la OMC 144 Estados, entre ellos los cuatro países del MERCOSUR. Si las negociaciones sobre las solicitudes de adhesión que ya habían sido presentadas a esa fecha concluyen con éxito, la OMC abarcará prácticamente todo el comercio mundial.

Es probable que entre las principales razones por las cuales la propiedad intelectual –una temática propia del ámbito de la OMPI– se instaló también en el GATT, hayan estado la necesidad de un sistema de "*enforcement*", es decir, de medidas para asegurar la observancia de los derechos mediante procedimientos ágiles, medidas cautelares y sanciones penales y la carencia de un procedimiento de solución de diferencias (semejante al del GATT) en los tratados multilaterales sobre derecho de autor, derechos conexos y propiedad industrial.

En el área del derecho de autor y los derechos conexos, a partir de la década de 1970, el desarrollo de la tecnología de los medios de reproducción, de difusión y de explotación de obras originó un sustancial crecimiento de las industrias de productos culturales, del entretenimiento y de la computación produciéndose, por un lado, una expansión sin precedentes de la demanda en los mercados de esos productos y servicios –que condujo a su tan mentada globalización– y, por el otro, un incremento del fenómeno de la piratería hasta niveles devastadores. Las industrias de bienes protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos que primero se vieron beneficiadas por el comercio a escala mundial, a la vez que

más afectadas por el fenómeno de la piratería, fueron las de programas de computación, de obras audiovisuales y de grabaciones sonoras.

999. En un mercado globalizado, la desigualdad en el nivel de protección del derecho de autor y los derechos conexos se convierte en un factor de distorsión de la libre competencia, al igual que la piratería, que generalmente se centra en las obras extranjeras de éxito y se ve favorecida en los países donde el nivel de protección del derecho de autor es muy bajo o inexistente o ineficaz. A la incidencia de esos tres fenómenos, es decir, el impacto tecnológico, la globalización de los mercados y la piratería, se añadían otras, como la renuencia de los Estados Unidos de América a incorporarse a la Unión de Berna y las dificultades representadas por la regla de la unanimidad en la OMPI (Convenio de Berna, art. 27, §3).

A fines de la década de 1970 comenzó a exteriorizarse un cambio de criterio y a enfocarse la protección en el marco del derecho comercial internacional; se consideró que la desprotección en determinado territorio o una protección por debajo de determinados niveles mínimos importaba la existencia de una distorsión y un obstáculo al comercio internacional.

1000. El AADPIC es un Acuerdo de derecho comercial aplicable a situaciones internacionales por el cual los Estados miembros se comprometen a reconocer derechos mínimos –sustantivos y procesales– a los nacionales de los demás miembros de la OMC. Para ello podrán aplicar el método que resulte adecuado "en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos", aunque ello, en principio, significa que se obligan a adecuar sus legislaciones nacionales incorporando la protección mínima que se le debe reconocer a los nacionales de los otros Estados miembros de la OMC. Los Estados pueden conceder una protección más amplia que la exigida por el Acuerdo a condición de que no infrinja las disposiciones de éste, como ocurriría, por ejemplo, si una protección más amplia establecida en favor de los propios nacionales no le fuera reconocida a los nacionales de los demás miembros de la OMC, porque se incumpliría el principio del trato nacional.

Los principios básicos del AADPIC son el trato nacional (art. 3), que tiene en materia de derecho de autor el mismo alcance que en el art. 5, § 1 del Convenio de Berna y el trato de la nación más favorecida (art.

4), en virtud del cual toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Estado miembro a los nacionales de cualquier otro país, se otorgará inmediata e incondicionalmente a los nacionales de todos los demás miembros de la OMC. Pero la misma norma prevé cuatro excepciones al principio del trato de la nación más favorecida.

1001. La relación del AADPIC con los convenios sobre propiedad intelectual está contemplada en el art. 2, §2 que establece una cláusula de salvaguardia del Convenio de Berna (al igual que de la Convención de Roma sobre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, del Convenio de París sobre protección de la propiedad industrial y del Tratado de Washington sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados), al señalar que ninguna disposición de las Partes I a IV del AADPIC irá en detrimento de las obligaciones que los miembros de la OMC pueden tener en virtud de los mencionados Convenios.

1002. La protección mínima que los Estados deben observar en materia de derecho de autor (arts. 9 a 13) se establece en una regla general de remisión al Convenio de Berna –la que es objeto de una muy importante excepción que determina un "Berna menos"– y en varias normas particulares que importan un "*plus* Berna".

La regla general dispone que los Estados miembros de la OMC deberán cumplir los arts. 1 a 21 del Convenio de Berna –Acta de París, 1971– sean o no parte de ésta y, en los casos en que resulte aplicable, el régimen preferencial para los países en desarrollo que consta en el Anexo a dicha Acta (art. 9, § 1). De este modo se producirá una armonización prácticamente universal de las legislaciones internas sobre derecho de autor en los niveles mínimos fijados en el Acta de París del Convenio de Berna y en las disposiciones particulares del AADPIC en materia de derecho de autor (arts. 9, § 2 y 10 a 13) y de observancia de estos derechos según las previsiones de la Parte III (arts. 41 a 61).

1003. La excepción a la regla general (el "Berna menos") es el art. 6 bis del Convenio de Berna en el que se protege el derecho moral en tres de sus aspectos básicos: el derecho del autor de reivindicar la paternidad

de la obra, de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma y de oponerse a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. De modo que la protección del derecho moral quedó fuera del AADPIC.

1004. Las normas particulares (el "*plus* Berna") se refieren a los programas de ordenador (art. 10, § 1) los cuales, sean programas fuente o programas objeto, se protegerán como obras literarias en virtud del Convenio de Berna; a las compilaciones de datos (art. 10, § 2) que los Estados miembros deben proteger cuando constituyan creaciones de carácter intelectual, ya sean compilaciones de obras protegidas o bien de elementos no protegibles (datos fácticos u otros materiales) y a los derechos de arrendamiento, al menos sobre los programas de ordenador y las obras cinematográficas: según el art. 11 los Estados miembros conferirán a los autores y a sus derechohabientes un derecho exclusivo de alquiler comercial "al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas", con dos excepciones: 1) cuando el programa de ordenador no es en sí mismo el objeto esencial del arrendamiento comercial (por ejemplo, cuando está incorporado a un dispositivo, como en un juego electrónico) y 2) cuando el arrendamiento de la obra cinematográfica no haya dado lugar a una realización muy extendida de copias "que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción".

En el art. 9, §2 del AADPIC se deja constancia de que el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí. En relación con algunos plazos de protección, el art. 12 dispone: "cuando la duración de la protección de una obra que no sea fotográfica o de arte aplicado se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física, esa duración será de no menos de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, a falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la realización de la obra, de 50 años contados a partir del final del año civil de su realización".

El art. 13 del AADPIC dispone que "los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de

la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos". De esta forma, las tres condiciones acumulativas a que el art. 9, § 2 del Convenio de Berna sujeta la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan limitaciones al derecho de reproducción consagrado en el art. 9, § 1 (que sean "en determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos") se extienden expresamente a todas las limitaciones.

1005. Las disposiciones sobre observancia de los derechos ocupan la parte III del AADPIC, son muy detalladas y su objetivo es dotar de efectividad a los derechos que deben reconocer los Estados miembros de la OMC. Los Estados miembros deben poner a disposición de los titulares procedimientos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos reconocidos en el AADPIC (art. 41). Las autoridades judiciales podrán ordenar que las mercancías en infracción y los materiales y equipos que se hayan utilizado predominantemente para fabricar los productos en infracción, sean retirados de los circuitos comerciales sin indemnización alguna, o que sean destruidos, siempre que ello no contraríe garantías constitucionales (art. 46).

También se prevé la adopción de medidas provisionales (cautelares) rápidas y eficaces tanto para evitar que se produzca la infracción –en particular, para evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales inmediatamente después del despacho de aduana– como para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción (art. 50).

Se contemplan también medidas en frontera (arts. 51 a 60), por ejemplo, la posibilidad de que el titular del derecho de autor pueda solicitar a las autoridades aduaneras que suspendan su despacho a plaza durante un cierto plazo (no superior a diez días hábiles, que podrá ser prorrogado por otro plazo igual) a fin de que se inicie la acción principal conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión.

Los Estados miembros no tendrán obligación de aplicar estos procedimientos a las "importaciones paralelas", es decir, de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento; tampoco a las mercancías en tránsito ni a las importaciones insignificantes a las que se define como "pequeñas cantidades de mer-

cancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas" (art. 60).

El Acuerdo prevé la obligación de los Estados miembros de establecer procedimientos y sanciones penales, al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas y de "piratería lesiva del derecho de autor" a escala comercial (art. 61).

1006. Una de las más importantes novedades que aporta el AADPIC es la aplicación, en el área de los derechos intelectuales, de los procedimientos para la prevención y solución de diferencias propios del GATT. Si un país Miembro de la OMC no acuerda a los "nacionales" de los demás Estados miembros esa protección mínima, es aplicable el Entendimiento sobre solución de diferencias establecido en el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC.

La parte V del AADPIC (arts. 63 y 64) se refiere a la prevención y solución de diferencias entre los Estados miembros como consecuencia de la aplicación del Acuerdo, quedando sujetos a este mecanismo todos los países miembros de la OMC. El Entendimiento sobre solución de diferencias, que constituye el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC, establece un Órgano de solución de diferencias (el OSD) integrado por todos los Estados miembros de la OMC. Las decisiones del OSD se adoptan por consenso. No se trata de un juicio ante un tribunal internacional sino que se busca un consenso negociado. Para no adoptar el informe del grupo especial debe haber consenso al respecto –consenso negativo– por parte de todos los miembros de la OMC presentes.

1007. Hasta el 1° de enero de 2000 los países en desarrollo miembros no estuvieron obligados a aplicar las disposiciones del AADPIC –esta prórroga no se aplicó a las disposiciones sobre trato nacional, trato de la nación más favorecida y sobre acuerdos multilaterales sobre adquisición y mantenimiento de la protección previstas, respectivamente, en los arts. 3, 4 y 5 (art. 65, §2)–. Igual derecho tuvieron los países miembros que se hallaban en proceso de transformación de una economía de planificación central a una economía de mercado y libre empresa (art. 65, §3).

El AADPIC prevé una prórroga adicional de cinco años (hasta el 1° de enero de 2005) en favor de los países en desarrollo para ampliar la

protección mediante patentes de productos a sectores de tecnología que, al 1° de enero de 1995, no gozaban de tal protección en su territorio (art. 65, §4) –por ejemplo, en la Argentina, las patentes de productos farmacéuticos– pero se deberán recibir las solicitudes de las respectivas patentes, aunque serán objeto de examen cuando sean aplicables las respectivas normas del AADPIC (art. 70).

También se establece una prórroga especial de cinco años más (hasta el 1° de enero de 2005) en favor de los miembros que sean países menos adelantados; esta prórroga tampoco se aplica a las disposiciones de los arts. 3, 4 y 5. El Consejo sobre los AADPIC puede conceder prórrogas a ese período cuando reciba de un país menos adelantado una petición debidamente motivada. Este es el único caso en que se requiere una petición debidamente motivada del Estado miembro (art. 66) ya que, respecto de todas las demás prórrogas mencionadas, el AADPIC no prescribe la necesidad de pedido, declaración o comunicación alguna por parte de los Estados miembros.

D) Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor

1008. El 20 de diciembre de 1996, se adoptó en Ginebra el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA o WCT, en inglés: *WIPO Copyright Treaty*) al que, junto con el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas aprobado el mismo día (TOIEF o WPPT, en inglés: *WIPO Performances and Phonograms Treaty*) se suelen denominar "Tratados Internet" porque en ellos se da respuesta a los desafíos que plantean la difusión de obras, interpretaciones y grabaciones sonoras en redes digitales que no fueron abordados en el AADPIC, dado que el crecimiento exponencial de la utilización de Internet comenzó recién a partir de 1992, es decir, sobre los finales de la Ronda Uruguay del GATT.

1009. Las relaciones del TODA con el Convenio de Berna y con los demás convenios de derecho de autor han sido cuidadosamente previstas. El TODA es un tratado autónomo (art. 1) y no una revisión del Convenio de Berna; no deroga ninguna de las obligaciones existentes entre las partes contratantes en virtud del Convenio de Berna (§2) (cláusula de salvaguardia del Convenio de Berna –similar a la contenida en el art. 2, §2

del AADPIC–). Las partes contratantes en el TODA darán cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna (§4); por Convenio de Berna se entenderá el Acta de París, 1971 (§3).

El TODA es un arreglo particular en el sentido del art. 20 del Convenio de Berna y no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna (§1) ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado (§1).

1010. Las disposiciones sustantivas del TODA pueden dividirse en tres grupos: el primero incorpora los arts. 1 a 21 y el Anexo del Convenio de Berna (art. 1, §4), para evitar volver a legislar sobre las mismas cuestiones (el TODA omite la exclusión del art. 6 bis del Convenio de Berna, establecida en el art. 9, §1 del AADPIC, es decir, el "Berna menos").

El segundo grupo de disposiciones del TODA es el que incorpora el "*plus* Berna" y las disposiciones sobre observancia de los derechos que forman la Parte III del AADPIC, aunque mucho menos detalladamente que en éste. Está formado por los arts. 2, 4, 5, 7 y 14 del TODA.

El tercer grupo de disposiciones del TODA es el que reconoce derechos exclusivos "*plus* Berna" y "*plus* AADPIC" y está formado, por un lado, por el art. 6 (reconoce un derecho general de distribución) y el art. 9 (equipara el plazo de protección de las obras fotográficas al plazo general de duración del derecho patrimonial sobre las demás obras) y, por el otro, por la "agenda digital" plasmada en los arts. 8, 10, 11 y 12.

1011. Los arts. 8, 10 y 11 y 12 dan respuesta a las necesidades de protección de las obras en redes digitales y reconocen en forma expresa el derecho exclusivo de comunicación pública del autor de autorizar los actos de transmisión digital –de naturaleza interactiva y previa solicitud– obligando a los Estados, en el art. 11 ("obligaciones relativas a medidas tecnológicas"), a proporcionar "protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos".

El TODA no identifica los medios para eludir sino que se refiere a la acción de eludir, de modo que esta acción puede realizarse tanto mediante la introducción de dispositivos dentro o fuera de los aparatos (el hard-

ware) como en el software, porque la expresión "la acción de eludir" es suficientemente amplia y comprensiva. Las medidas técnicas de protección se clasifican habitualmente en dos categorías: las medidas técnicas que controlan el acceso a las obras y las medidas técnicas que controlan la utilización de las obras. Las medidas que controlan el acceso a las obras permiten definir cuáles son los usuarios finales autorizados a hacerlo; el método más efectivo es, hoy por hoy, el de encriptar o "empaquetar" la obra a fin de que, antes de autorizar el acceso por medio de una "llave desencriptadora" –o licencia de uso–, se pueda verificar si quienes lo solicitan cumplen con los requisitos establecidos en cada caso, los cuales pueden ser económicos, estadísticos, territoriales o una combinación de ellos. Las medidas técnicas que controlan la utilización de las obras limitan las utilizaciones que puede hacer el usuario final; por ejemplo, una obra puede ser protegida con una licencia que habilita el acceso al contenido encriptado y permite administrar la cantidad de veces que puede ser ejecutada, vista o leída en el ordenador del usuario, si éste puede reproducirla en un CD o imprimirla, cuantas veces, hasta que fecha puede hacer la utilización, si puede transferir la obra a un dispositivo portátil, etcétera.

El art. 12, § 1, dispone que las partes contratantes proporcionarán:

> "(...) recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:
> i) suprima o altere sin autorización cualquier información sobre la gestión electrónica de derechos;
> ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información sobre la gestión electrónica de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización".

El art. 12, § 2, define la "información sobre la gestión de derechos" como:

> "(...) la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y

condiciones de utilización de la obra, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren con la comunicación al público de una obra".

El TODA es el único Tratado mundial sobre derecho de autor que se ocupa de dos aspectos fundamentales para la vigencia efectiva de ese derecho: el control de la utilización de las obras y la gestión de los derechos de autor (arts. 11 y 12), lo cual es de por sí sumamente significativo y elocuente tanto de la creciente necesidad de medidas de control en la utilización de las obras, particularmente en el entorno digital, como de la importancia de asegurar una gestión efectiva y eficiente de los derechos de autor. El TODA no identifica –ni podría hacerlo– el tipo de gestión de los derechos de autor.

Tanto el art. 11 como el 12 son normas programáticas porque requieren del ulterior dictado de disposiciones nacionales. Las partes contratantes pueden elegir los recursos adecuados de acuerdo con su propio sistema jurídico, pero éstos deben cumplir el requisito de la eficacia, lo cual conduce necesariamente a pensar en sanciones penales, las que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias –como se destaca en el considerando 58 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO de 22/6/2001, p. 6)– y deberán llevar aparejadas la posibilidad de solicitar la reparación de daños y medidas cautelares, incluyendo la incautación del material ilícito.

El TODA entró en vigor el 6 de marzo de 2002; al 15 de enero de 2003 formaban parte del mismo 39 Estados, entre ellos, dos mercosureños: Argentina y Paraguay.

1012. A partir de su adopción en 1961, la Convención de Roma sobre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión –a los que habitualmente se alude con la expresión "derechos conexos"– fue el instrumento de protección internacional de los derechos conexos, junto con el

Convenio "Fonogramas" (Ginebra, 1971), de lucha contra la piratería de grabaciones sonoras.

Todos los países del MERCOSUR ratificaron la Convención de Roma y el Convenio "Fonogramas". En 1996 se agregó el TOIEF, que entró en vigor el 20 de mayo de 2002, del cual, al 15 de enero de 2003 formaban parte 39 Estados, entre ellos, dos mercosureños: Argentina y Paraguay.

También el AADPIC contiene en el art. 14 una regulación de los derechos conexos, que ha sido estructurada sobre las disposiciones de la Convención de Roma aunque sin hacer referencia a ésta.

4. Dimensión convencional americana: Tratados de Montevideo y convenciones del sistema interamericano

1013. El Tratado sobre propiedad literaria y artística fue fruto del I Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado (1888-1889) y tuvo gran valor, pues no solo permitió la protección de las obras originarias de los países del sistema de Montevideo (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay), sino extenderla también a otras, de acuerdo con lo autorizado por el art. 6 del Protocolo Adicional. Pese a que revela una marcada influencia del Acta originaria del Convenio de Berna, una de las más importantes diferencias es –como se dijo– que la protección se rige por la ley del país de primera publicación o producción de la obra (*lex loci publicationis* o *lex loci originis*, art. 2).

La adopción de la *lex loci originis*, que seguramente se debió al rigor científico de los internacionalistas de Montevideo, fue objeto de una importante limitación en el art. 11 al establecerse que en materia de responsabilidad por usurpación del derecho, la jurisdicción competente y la ley aplicable son las del país en el que se haya cometido el fraude. La mayoría de los reclamos de protección de obras extranjeras son motivados por utilizaciones ilícitas y, en materia de normas penales y procesales aplicables en las causas que se sustancian antes sus Tribunales, los Estados reservan, casi sin excepciones, la aplicación de la ley territorial.

1014. También en 1889, se celebró en Washington la Primera Conferencia Panamericana, considerada como la simiente de la Unión Pana-

mericana y luego de la OEA. A partir de entonces se inicia la obra de los órganos panamericanos y se celebran una serie de Conferencias en las que se tratan numerosas materias relacionadas con el DIPr, concluyéndose varias convenciones sobre derecho de autor: en México, 1902; Río de Janeiro, 1906; Buenos Aires, 1910; La Habana, 1928 y Washington, 1946, a las que cabe agregar el Acuerdo de Caracas de 1911 y el Tratado de Montevideo de 1939.

Toda esta actividad internacional estuvo marcada por diversos obstáculos; y los menores no fueron, ciertamente, la dificultad en compatibilizar el sistema jurídico de los países latinoamericanos con el de los Estados Unidos de América y el desinterés de éste, así como de otros países del continente, en adherir a las convenciones, aun cuando participaran –a veces activamente – en su preparación, en los trabajos de las Conferencias y las suscribieran. Los esfuerzos en pos de convención que lograra panamericanizarse se sucedían uno tras otro, pero no alcanzaban su meta.

La Convención de Buenos Aires de 1910, única que consiguió incorporar un número considerable de países, incluyendo a los Estados Unidos de América, padeció la ausencia de Argentina y Chile hasta la década de 1950, época en que su importancia comenzó a declinar francamente a raíz del advenimiento de la Convención Universal (Ginebra, 1952).

La importancia actual de las Convenciones del sistema interamericano reside en su valor histórico. Si bien muchas de ellas siguen formalmente en vigor, su aplicación entre los países del Continente (y entre algunos de éstos y los europeos que adhirieron al Tratado de Montevideo de 1889) ha sido desplazada por la adhesión al Convenio de Berna y a la Convención Universal.

5. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños

A) Argentina

1015. La Ley N° 11.723, promulgada el 28 de setiembre de 1933, adopta en el art. 13 *contrario sensu*, un solo punto de conexión real: el lugar de la primera publicación de la obra en el Estado. No requiere que la ley extranjera otorgue a las obras originadas en el propio Estado una protección básicamente equivalente a la que concede la ley de este últi-

mo; sólo que el país extranjero otorgue la protección establecida por su ley a las obras que se originan en él, cualquiera sea el nivel de esa tutela: "siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual" (art. 13, *in fine*). De modo que se adopta el principio de la reciprocidad formal, pues sólo se requiere que la nación a que pertenezca el autor reconozca el derecho de propiedad intelectual, sin necesidad de que esa protección sea equivalente a la establecida en la Argentina (como sucede cuando se exige reciprocidad material).

La protección que se acuerda a la obra extranjera es, pues, la misma que la ley establece para las obras nacionales: "todas las disposiciones de esta ley, salvo las del art. 57, son igualmente aplicables a las obras científicas, artísticas y literarias, publicadas en países extranjeros (...)" (art. 13) (principio del trato nacional o de asimilación de la obra extranjera a la nacional, adoptado por el Convenio de Berna).

Sin embargo, esta ley restringe notablemente la protección de las obras extranjeras al establecer en su art. 23 la obligación de registrar en el país el contrato de traducción dentro del año de la publicación de la obra; de no cumplirse este requisito, cualquiera puede publicar una traducción, aunque esta norma cayó en desuso cuando la Argentina adhirió primero a la Convención Universal y luego al Convenio de Berna.

Al exceptuarse en el art. 13 la aplicación del art. 57 respecto de las obras extranjeras, se suprimió respecto de éstas la obligación del cumplimiento de las formalidades establecidas para las obras publicadas en la Argentina y la aplicación consiguiente de la sanción establecida en el art. 63 para el caso de incumplimiento de tal obligación. Pero el art. 14 dispone que "el autor de una obra extranjera sólo necesita acreditar el cumplimiento de las formalidades establecidas para su protección por las leyes del país en que se haya hecho la publicación". El término "sólo" puede inducir a engaño pues se debe tener presente que la aportación de pruebas sobre el cumplimiento de formalidades en el exterior siempre importa una demora, ya que aun cuando el país de origen de la obra no establezca formalidades, será necesario demostrarlo y para ello se deberá aportar la prueba de la ley extranjera en cuestión.

El fuerte apego al régimen de formalidades existente en la Argentina motivó, seguramente, que en este punto los legisladores siguieran el criterio del Acta originaria del Convenio de Berna (1886) a pesar de que ya

en la reforma de Berlín (1908) se había suprimido toda condición relativa al cumplimiento de formalidades (lo cual se mantuvo en todas las Actas posteriores y constituye, como vimos, uno de los pilares del Convenio de Berna: la protección automática).

Para determinar el plazo de protección de la obra extranjera, en el art. 15 también se utiliza como punto de conexión la ley del lugar de la primera publicación de la obra, pero si dicho plazo es mayor que el establecido en la ley argentina, se aplica el previsto en ésta.

1016. En cuanto a la normativa internacional, la Argentina ha ratificado los siguientes tratados: en 1894 el Tratado sobre propiedad literaria y artística (Montevideo, 1889); en 1950 la Convención sobre propiedad literaria y artística (Buenos Aires, 1910); en 1953 la Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas (Washington, 1946); en 1958 la Convención Universal sobre derecho de autor (Ginebra, 1952); en 1967 el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Bruselas, 1948) y en 1999 el Acta de París (1971); en 1992 el Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales (Ginebra, 1989); en 1995 el Acuerdo de la OMC (Marrakech, 1994) y, consecuentemente, el AADPIC; en 1999 el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (Ginebra, 1996); en materia específica de derechos conexos: en 1973 el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971); en 1992 la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 1961) y en 1999 el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (Ginebra, 1996).

B) Brasil

1017. La Ley N° 9610 de 19 de febrero de 1998 dispone en el art. 2: "los extranjeros domiciliados en el exterior gozarán de la protección asegurada en los acuerdos, convenciones y tratados en vigencia en Brasil. Párrafo único: Las disposiciones de esta Ley se aplican a los nacionales o personas domiciliadas en un país que asegure a los brasileños o personas

domiciliadas en Brasil la reciprocidad en la protección a los derechos autorales o equivalentes". De modo que la norma de DIPr de la dimensión autónoma brasileña difiere la protección de las obras extranjeras a lo estipulado en los tratados (sistema de la reciprocidad diplomática).

Pero aun en ausencia normas convencionales, el art. 2 citado igualmente concede protección a las obras extranjeras a condición de reciprocidad por parte del Estado al que se considera como país de origen de la obra adoptando de este modo ambos sistemas de reciprocidad: en primer lugar la diplomática y, en ausencia de tratados, la legislativa.

1018. En cuanto a la normativa internacional, Brasil ha ratificado los siguientes tratados: en 1911 la Convención sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica y comercio y propiedad literaria y artística (Río de Janeiro, 1906); en 1915 la Convención sobre propiedad literaria y artística (Buenos Aires, 1910); en 1922 el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Berlín, 1908) y en 1975 el Acta de París (1971); en 1949 la Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas (Washington, 1946); en 1959 la Convención Universal sobre derecho de autor (Ginebra, 1952) y en 1975 la revisión de París, 1971; en 1993 el Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales (Ginebra, 1989); en 1995 el Acuerdo de la OMC (Marrakech, 1994) y, consecuentemente, el AADPIC; en materia específica de derechos conexos: en 1965 la Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 1961) y en 1975 el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971).

C) Paraguay

1019. La Ley N° 1328 de 15 de octubre de 1998 adopta el sistema de la asimilación de las obras extranjeras a las nacionales al disponer en el art. 180:

> "(...) las obras, interpretaciones y ejecuciones artísticas, producciones fonográficas, emisiones de radiodifusión o transmisiones por hilo, ca-

ble, fibra óptica u otro procedimiento análogo, grabaciones audiovisuales, fijaciones fotográficas y demás bienes intelectuales extranjeros, gozarán en la República del Paraguay del trato nacional, cualquiera que sea la nacionalidad o el domicilio del titular del respectivo derecho o el lugar de su publicación o divulgación".

1020. En cuanto a la normativa internacional, Paraguay ha ratificado los siguientes tratados: en 1889 el Tratado sobre propiedad literaria y artística (Montevideo, 1889); en 1917 la Convención sobre propiedad literaria y artística (Buenos Aires, 1910); en 1949 la Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas (Washington, 1946); en 1958 el Tratado de propiedad intelectual (Montevideo, 1939); en 1961 la Convención Universal sobre derecho de autor (Ginebra, 1952); en 1991 el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París, 1971); en 1995 el Acuerdo de la OMC (Marrakech, 1994) –y, consecuentemente, el AADPIC– y en 2000 el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (Ginebra, 1996); en materia específica de derechos conexos: en 1970 la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 1961), en 1979 el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971) y en 2000 el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (Ginebra, 1996).

D) Uruguay

1021. La Ley N° 9739 de 15 y 17 de setiembre de 1937, reformada por Ley N° 17.616 de 10 de enero de 2003, adoptó desde su origen el sistema de la asimilación de las obras extranjeras a las nacionales al disponer en el art. 4: "la protección legal de este derecho será acordada en todos los casos y en la misma medida, cualesquiera que sean la naturaleza o procedencia de la obra o la nacionalidad de su autor, y sin distinción de escuela, secta o tendencia filosófica, política o económica".

La reforma introducida por la Ley N° 17.616 ha sustituido el primitivo texto del art. 6 por el siguiente:

> "Los derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra.
>
> El goce y ejercicio de dichos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad o registro y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra.
>
> Para que los titulares de las obras y demás derechos protegidos por la presente ley sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos en consecuencia ante las autoridades administrativas o judiciales, para demandar a los infractores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra, interpretación, fonograma o emisión en la forma usual".

De este modo, con la sanción de la reforma de 10 de enero de 2003 Uruguay ha superado el obsoleto registro como condición para la constitución y existencia del derecho de autor, pues el art. 6 de la Ley N° 9739 establecía: "para ser protegido por esta Ley es obligatoria la inscripción en el registro respectivo". Dada la contradicción entre esta norma y la protección automática adoptada en el Convenio de Berna, Romeo Grompone sostuvo, citando la opinión de Eduardo Jiménez de Aréchaga sobre la primacía del ordenamiento internacional sobre los órdenes internos, que la Ley N° 14.910 del 19 de julio de 1979 aprobando el Acta de París, había eliminado "la exigencia de formalidades, de acuerdo con el criterio dominante que sostiene que la norma internacional es jerárquicamente preeminente sobre la interna", expresando más adelante, con carácter general, que "En caso de normas que, sin entrar en el caso indicado en el párrafo anterior (normas que superen los mínimos exigibles por el Convenio de Berna), exista contradicción entre lo preceptuado en la ley interna y lo establecido en el Convenio, rige este último". Con posterioridad el TAC de 3er Turno, en sentencia del 13 de mayo de 1987 (Montevideo, *LJU*, caso 1130, pp. 126-127) consideró que:

> "(...) en lo que respecta a la falta de inscripción en el Registro respectivo por parte del autor, según la exigencia contenida en el art. 6 de la Ley N° 9739, es de señalar que dicha disposición ha perdido vigencia al ratificar Uruguay la Convención de Berna para las obras literarias y artísticas por Decreto-Ley N° 14.910 del 19 de julio de 1979 (art. 5)".

1022. En cuanto a la normativa internacional, Uruguay ha ratificado los siguientes tratados: en 1892 el Tratado sobre propiedad literaria y artística (Montevideo, 1889); en 1919 la Convención sobre propiedad literaria y artística (Buenos Aires, 1910); en 1942 el Tratado de propiedad intelectual (Montevideo, 1939); en 1967 el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Bruselas, 1948) y en 1979 el Acta de París (1971); en 1993 la Convención Universal sobre derecho de autor (Ginebra, 1952 y París 1971) y en 1995 el Acuerdo de la OMC (Marrakech, 1994) y, consecuentemente, el AADPIC; en materia específica de derechos conexos: en 1977 la Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 1961) y en 1983 el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971).

II. Derecho de la propiedad industrial

1. Reglamentación convencional mundial vigente en los países del MERCOSUR

A) El Convenio de París

1023. El primer tratado internacional que reguló toda la materia de la propiedad industrial fue el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, suscripto originariamente por 11 Estados en 1883 y que entró en vigor en 1884. Entre esos 11 países se encontraba Brasil. Los restantes Estados mercosureños adhirieron posteriormente: Argentina y Uruguay en 1967, y Paraguay en 1994. El Convenio fue objeto de sucesivas revisiones, siendo la última de ellas el Acta de Estocolmo de 1967.

Las dos normas sustantivas que prevé el Convenio y las de mayor relevancia son aquellas que regulan el trato nacional y el derecho de prioridad. Incluye, además, cierto número de reglas comunes para la protección de la propiedad industrial a las que tienen que sujetarse todos los Estados parte, y deja, asimismo, abierta a cada Estado, la posibilidad de legislar sobre determinados temas. Por otra parte, los Estados parte se

constituyen en Unión para la protección de aquélla. Al 15 de enero de 2003 formaban parte del Convenio de París 164 países.

La regla del trato nacional determina que los nacionales de cada uno de los Estados parte gozarán en todos los demás Estados parte, en lo que se refiere a la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan a los nacionales. De similar manera, a los nacionales de Estados que no sean miembros de la Unión, pero que tengan domicilio o establecimientos industriales efectivos y reales en el territorio de alguno de los Estados miembros, se les aplicará también el trato nacional. El derecho de prioridad (art. 4) garantiza al titular de una primera solicitud de patente de invención, de modelo de utilidad o industrial o de una marca, que podrá solicitar similar protección en todos los demás Estados parte dentro de un plazo de 12 meses (patentes y modelos de utilidad) o de 6 meses (modelos industriales y marcas) sin que actos tales como la divulgación de la invención o la solicitud del privilegio por parte de terceras personas, afecte el derecho del titular de obtener protección en los restantes países.

El Convenio garantiza, asimismo, un plazo de gracia de 6 meses para el pago de las tasas que cada país pueda establecer para mantener la vigencia de los derechos de propiedad industrial (art. 5 bis).

1024. En materia de patentes, el Convenio dejó a criterio de cada Estado parte el determinar cuáles son los inventos patentables y cuáles no, así como si las solicitudes de patentes estarán, o no, sujetas a examen de novedad y patentabilidad. En cambio, establece ciertos criterios a ser respetados por los países parte. Así, determina la independencia de las patentes obtenidas para la misma invención en diferentes países (art. 4 bis), lo cual implica que la caducidad o nulidad de la patente en el país de origen, o en cualquier otro país, no afectará las demás patentes por el mismo invento registradas en los restantes países de la Unión.

Debido al hecho de que en algunos países era obligatoria la explotación de la patente para evitar la caducidad de la misma, mientras que en otros países no lo era, el Convenio adopta una posición intermedia. Si bien no se pronuncia acerca de la obligatoriedad de exigir que las patentes sean explotadas, con lo cual ello queda librado a cada país, autoriza a éstos a establecer un sistema de licencias obligatorias para prevenir los

abusos que podrían resultar de la falta de explotación por parte del titular de la patente, y sólo admite la caducidad de las patentes por falta de explotación en el caso de que la concesión de licencias obligatorias no hubiere bastado para prevenir los abusos de la falta de explotación por parte del titular (art. 5, §A).

1025. En lo que respecta a marcas, probablemente la norma más importante que contiene el Convenio es aquélla referida a la protección de las marcas notoriamente conocidas (art. 6 bis), que obliga a los países a denegar o a invalidar el registro y a prohibir el registro de una marca que constituya la reproducción o imitación de una marca que se considere como notoria. Esta norma garantiza al titular de dicha marca la protección, aun cuando el país en el que se reclama tal protección no la tenga aún registrada. Merece mencionarse también la regla que determina que el uso de una marca por parte de su titular, de una forma que difiera de aquélla como está registrada, no ocasionará la invalidación del registro ni disminuirá su protección, en tanto los motivos por los que difiera no alteren el carácter distintivo de dicha marca (art. 5, §C, 2) permitiendo así que pequeños cambios de formas no ocasionen la pérdida de la protección.

1026. El Convenio de París incluye en su art. 1, como objeto de la protección de la propiedad industrial, a la represión de la competencia desleal. Así, define a ésta (art. 10 bis) como todo acto de competencia contrario a los usos honestos en material industrial y comercial, enunciando en particular a cualquier acto capaz de crear confusión con relación al establecimiento, los productos o la actividad de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de ocasionar descrédito, y las afirmaciones falsas o que induzcan a error en cuanto a la naturaleza, características o cantidad de los productos.

1027. Si bien el Convenio de París fue ratificado por casi todos los países, su efectividad fue relativa. En efecto, temas claves como qué es patentable y qué no, quedaron sujetos a la decisión de cada país, permitiendo de esta manera que un importante número de Estados prohibiese el patentamiento de determinados productos tales como los medicamentos. Por otra parte, el Convenio carecía de instrumentos eficaces que im-

pidiesen su incumplimiento o su violación, y los esfuerzos tendentes a introducir cambios habían sido resistidos por algunos países.

Todo ello, unido a la convicción de que las asimetrías en la protección de la propiedad industrial y la consiguiente piratería implicaban en la práctica una barrera al comercio internacional, motivó que el tema fuera objeto de inclusión en la agenda de la Ronda Uruguay del GATT. Los esfuerzos de negociación en ese ámbito dieron como fruto lo que hoy se conoce como el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (AADPIC).

B) El Acuerdo sobre los AADPIC

a) Aspectos generales

1028. En lo que a la propiedad industrial específicamente se refiere, el AADPIC *contiene normas acerca de marcas, indicaciones geográficas*, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado de los *circuitos integrados y protección de la información no divulgada*. Según el artículo primero del Acuerdo, la protección prevista en el mismo debe entenderse como un estándar mínimo, pudiendo los distintos países otorgar una protección más amplia, en la medida en que no infrinja las disposiciones del AADPIC. La gran novedad frente a tratados anteriores, es el régimen de solución de controversias y, en particular, la posibilidad de que un país imponga sanciones comerciales a otro por su incumplimiento a las normas contenidas en el AADPIC, una vez finalizado el procedimiento para la solución de controversias. El Acuerdo fue el fruto de difíciles negociaciones de las partes, y en algunas materias no se pudo llegar a un criterio uniforme.

Uno de los temas particularmente controvertidos fue el del agotamiento de los derechos de propiedad industrial, que tiene su importancia práctica debido al hábito de las importaciones paralelas. Existen tres criterios acerca del agotamiento de los derechos de propiedad industrial: a) el agotamiento internacional, según el cual una vez que el titular del derecho de propiedad industrial ha puesto en el mercado de cualquier país, al producto amparado por el mismo (o éste ha sido puesto en el mercado con su consentimiento), aquél ya no puede ejercer derecho al-

guno derivado del ejercicio de la propiedad industrial. Concretamente, con esa primera venta "se agotó" el derecho exclusivo de su titular, y por consiguiente, no podrá impedir la subsiguiente comercialización del producto; b) el agotamiento nacional según el cual el titular del derecho sólo agota el mismo cuando pone el producto (o éste es puesto con su consentimiento) en el mercado del país; y c) el agotamiento regional, según el cual el derecho queda agotado cuando el producto es comercializado en alguno de los países integrantes de un mercado común. Como es evidente, el criterio que se utilice tiene profundas consecuencias económicas, tanto para el titular del derecho en sí mismo, como para la competencia en el mercado de que se trate. Este tema ha quedado excluido de lo legislado por el Acuerdo, toda vez que éste se abstiene de pronunciarse en un sentido o en otro, previendo en su art. 6 que no se hará uso de ninguna disposición del Acuerdo con relación a ese tema, a efectos de la solución de diferencias en el marco del mismo. Con ello, deja librado al criterio de cada país la adopción de uno u otro sistema.

b) Marcas

1029. Permite la registrabilidad como tales de todo signo capaz de distinguir los bienes y servicios de una empresa de aquéllos de otra, pero autoriza a los distintos países a exigir que tales signos sean visualmente perceptibles, con lo que queda a criterio de cada uno la registrabilidad de marcas sonoras, olfativas y otras (art. 15). Brasil y Paraguay, en sus respectivas leyes, incluyen la visibilidad como requisito para el registro de marcas; la ley argentina no se pronuncia, pero su enunciado general permite el registro de marcas no visibles y, de hecho, en el año 2000 fueron otorgadas las dos primeras marcas sonoras. Uruguay, en el art. 2 de su nueva ley prevé la posibilidad de registrar signos no visibles, condicionada a la disponibilidad de medios técnicos adecuados. Dado que en algunos países es preciso el uso de la marca como condición previa a su registro, el Acuerdo determina que los Estados parte podrán supeditar al uso la posibilidad de registro (art. 15, §3); sin embargo, no autoriza a exigir el uso efectivo de una marca para la presentación de la solicitud de registro; y determina un plazo máximo de tres años, desde la fecha de la solicitud, para que el solicitante acredite tal uso. Sólo después de transcurrido el

plazo de tres años sin que el uso haya quedado acreditado, puede denegarse la solicitud. El Acuerdo determina que los Estados parte deberán prever la posibilidad de que terceros soliciten la anulación del registro (art. 15, §5), previa publicación del mismo. Asimismo, autoriza a los Estados a incorporar un sistema de oposiciones a las solicitudes de registro.

1030. El registro de una marca confiere a su titular el derecho exclusivo de impedir que terceros utilicen sin su consentimiento signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando de ese uso derive probabilidad de confusión (art. 16). Avanza sobre los términos del artículo 6 bis del Convenio de París, y establece que para determinar la notoriedad de una marca, deberá tomarse en cuenta el sector pertinente del público y asimismo la promoción efectuada a la marca en el país de que se trate, y extiende la protección a los productos y servicios no similares a aquellos para los que está registrada la marca (art. 16.2 y 3), flexibilizando así el requisito de especialidad.

En cuanto a la duración del registro de una marca, el Acuerdo establece una duración mínima de siete años para el registro inicial de una marca, y determina que ésta será renovable indefinidamente (art. 18). Al respecto, las legislaciones internas de todos los países del MERCOSUR establecen una duración de diez años, renovables indefinidamente. En lo que se refiere al uso de la marca como exigencia para conservar el derecho, determina que, si la ley interna de los Estados miembros exigen el uso de la marca para mantener el registro, la anulación de la marca sólo podrá tener lugar después de transcurrido un plazo mínimo de tres años de falta de uso. El uso por parte de un tercero constituirá uso de la marca a efectos de mantener el registro en la medida en que ese uso esté controlado por el titular del registro.

c) Indicaciones geográficas

1031. El Acuerdo determina que los países miembros deben proteger las indicaciones geográficas, entendidas como las que identifican un producto como originario de una región o de un país miembro cuyas características estén determinadas por su origen geográfico. En tal sentido, los

Estados deben arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de cualquier medio que en la designación o presentación del producto, indiquen o sugieran que éste proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo de que induzca a error al consumidor en cuanto al origen de ese producto. Asimismo, los miembros deben denegar el registro de toda marca que consista en o contenga una indicación geográfica respecto de productos no originarios de ese territorio (art. 22).

Por otra parte, el Acuerdo incluye algunas normas específicas con relación a los vinos y bebidas espirituosas. Sin embargo, cabe señalar la poca claridad de todo el tratamiento que se le da a las indicaciones geográficas, a punto tal que el propio Acuerdo, en el art. 24 prevé que los miembros celebrarán negociaciones encaminadas a mejorar la protección de esta clase de derechos de propiedad industrial.

d) Dibujos y modelos industriales

1032. Se prevé la protección de los dibujos y modelos industriales que sean nuevos y originales, y se deja librado a cada país la posibilidad de no acordar protección a aquellos modelos cuya forma esté determinada fundamentalmente por motivos técnicos o funcionales (art. 25). El derecho conferido por un dibujo o modelo industrial permite a su titular impedir que terceros, sin su consentimiento, fabriquen, vendan o importen artículos que ostenten o incorporen un dibujo o modelo que sea una copia o imitación del dibujo o modelo protegido. La duración de un dibujo o modelo será de por lo menos diez años (art. 26).

e) Patentes

1033. La mayor innovación con respecto a los tratados anteriores es la determinación de la materia patentable, que incluye a todas las invenciones de productos o procedimientos, en todos los campos de la tecnología (art. 27), siempre que tales invenciones sean nuevas, impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Se deja a salvo la posibilidad de los países miembros de excluir de la patentabilidad a los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, así como

a los animales y las plantas (con excepción de los microorganismos que sí deberán ser considerados patentables), y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales (con excepción de los procedimientos no biológicos o microbiológicos, que sí deben ser patentables). Sin perjuicio de las exclusiones, el Acuerdo determina que los miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales, sea mediante patentes y/o mediante un sistema *sui generis*.

Es condición para el otorgamiento de una patente, el que su titular divulgue la invención en forma suficientemente clara y completa como para permitir que personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a cabo la invención. El plazo de duración de las patentes se establece en veinte años contados a partir de la solicitud de la patente (art. 33).

1034. Los derechos conferidos por una patente son los siguientes: cuando el objeto patentado sea un producto, su titular tendrá el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación; cuando se trate de una patente de procedimiento, su titular tendrá el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, utilicen el procedimiento o vendan u oferten para la venta –o importen para su venta– el producto obtenido por medio de ese procedimiento (art. 28). En el caso de patentes de procedimiento prevé la inversión de la carga de la prueba, solucionando así uno de los principales problemas con que se enfrentaban los titulares de las patentes de cara a productos obtenidos mediante el procedimiento patentado (art. 34). Asimismo, se prevé que los titulares de patentes de invención podrán ceder las mismas y concertar contratos de licencia.

1035. Finalmente, en materia de patentes, el Acuerdo legisla (art. 31) acerca de usos sin autorización del titular de los derechos. Dentro de tal expresión se incluyen particularmente las llamadas licencias obligatorias que prevén algunas legislaciones nacionales para impedir la falta de explotación de los inventos patentados o para situaciones de emergencia nacional. En ese sentido, el Acuerdo procura limitar las facultades de los Estados miembros en la materia, determinando condiciones estrictas en las que se autorizarán los usos sin autorización del titular de la patente. Concretamente, determina que el potencial tercero usuario deberá haber

intentado obtener una autorización voluntaria del titular de la patente en términos y condiciones razonables, y sólo si esos intentos no han tenido éxito podrá obtener el uso de la patente sin autorización de su titular. Asimismo determina que esas autorizaciones serán no exclusivas, no podrán cederse, deberán limitarse a los fines que motivaron la autorización y el titular de la patente deberá recibir una compensación adecuada.

f) Esquemas de trazado de los circuitos integrados

1036. El art. 35 del AADPIC obliga a los Estados miembros a otorgar protección a los esquemas de trazado (o topografías) de los circuitos integrados, aplicando las disposiciones sustantivas del Tratado sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados (Washington, 1989) y prohibiendo la importación o venta de un esquema de trazado protegido o de un producto que incorpore un circuito integrado que ilícitamente reproduzca el esquema de trazado protegido. La duración de la protección es de diez años desde la fecha en que se registró (en los países que exigen el registro) o desde la fecha en que se inició la comercialización (en aquellos que no exigen el registro). La legislación interna de los países del MERCOSUR aún no ha incorporado la protección a los circuitos integrados.

g) Protección de la información no divulgada

1037. El AADPIC regula también la protección de la información no divulgada (art. 39), tema que fue muy discutido durante las sesiones del GATT, particularmente en lo que se refiere a su tratamiento como un derecho de propiedad intelectual. Quienes se oponían a su inclusión consideraban que se violaba el principio básico del derecho de la propiedad industrial, según el cual la exclusividad que otorga el Estado tiene como contrapartida la revelación o publicación. Finalmente se adoptó la protección de los secretos o información no divulgada por la vía de la represión de la competencia desleal. Se previó también que en los trámites de aprobación de productos farmacéuticos o agroquímicos, los países miembros deben proteger los datos de los ensayos presentados por quien solicita la aprobación.

h) Observancia de los derechos de propiedad industrial

1038. Ya se ha hecho mención a las normas contenidas en el Acuerdo vinculadas con la protección de los derechos consagrados en el mismo, en particular, las medidas provisionales y de frontera previstas en los arts. 50 y 51. Al respecto, cabe destacar que diversos fallos de los tribunales argentinos han reconocido la operatividad del AADPIC, no sólo sin una norma consagratoria de derecho interno, sino inclusive frente a la existencia de una disposición totalmente contraria. Así, en autos "*S.C. Johnson & Son c/ Clorox Argentina S.A.*", en los cuales se solicitó una medida cautelar con fundamento en lo dispuesto en el AADPIC porque la prevista en la ley de marcas de fuente interna es mucho más limitada, el tribunal –teniendo en cuenta que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes– estableció que "el artículo 50, ap. a) del Acuerdo TRIPs-GATT es derecho vigente en nuestro país, directamente operativo a través del trámite procesal de las medidas cautelares" (CNFedCivCom, *LL* 1998-C, 733).

i) Aplicación del AADPIC en los países del MERCOSUR

1039. Los tribunales de los distintos países del MERCOSUR tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del AADPIC tan pronto éste fue aprobado por los respectivos países. Argentina aprobó el acta final de la Ronda Uruguay y sus anexos, en diciembre de 1994, y menos de un año después, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar a una medida cautelar ordenando mantener en vigencia una patente en un juicio que tenía por fin obtener la prolongación del término de vigencia de una patente concedida bajo la antigua ley local por un plazo de quince años, al máximo de veinte previsto en el art. 33 del AADPIC ("*E.I. du Pont de Nemours & Co. c/ Estado Nacional*", *LL*, 1996-A, 319).

En otros aspectos, particularmente en la aplicación de las medidas cautelares previstas en el art. 50, el AADPIC ha resultado un instrumento eficaz para la defensa de los derechos de propiedad industrial.

2. Dimensión institucional: el Protocolo de armonización de normas sobre propiedad intelectual en el MERCOSUR, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen

1040. El 5 de agosto de 1995 los cancilleres de los cuatro países del MERCOSUR suscribieron este Protocolo. Define a la marca (art. 5) como cualquier signo que sea susceptible de distinguir en el comercio productos o servicios, pero autoriza a cada Estado a exigir que el signo sea visualmente perceptible como condición para su registro. Determina que los Estados parte deberán proteger las marcas colectivas (no todas las legislaciones mercosureñas lo hacen en la actualidad) y permite a cada Estado decidir acerca de la protección de marcas de certificación.

Son irregistrables (art. 9), además de los signos que sean descriptivos o de uso genérico, aquellos que constituyan una indicación de procedencia o denominación de origen; que resulten ofensivos o que puedan sugerir falsamente vinculación con personas vivas o muertas; que afecten derechos de terceros y aquellos que imiten o reproduzcan una marca que el solicitante no podía desconocer como perteneciente a un tercero domiciliado en cualesquiera de los Estados parte.

Define a las indicaciones de procedencia y a las denominaciones de origen (art. 19), comprometiéndose los Estados a proteger recíprocamente las de cada uno de ellos. Además, prohíbe el registro de las mismas como marcas (art. 20).

El registro de una marca conferirá a su titular el derecho de uso exclusivo y el de impedir que terceros sin su consentimiento, usen un signo igual o similar para cualquier producto o servicio cuando ello pueda crear confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro, o un daño económico injusto por razón de la dilución de la fuerza distintiva de la marca (art. 11).

En materia de agotamiento del derecho el Protocolo determina (art. 13) que el registro de una marca no podrá impedir la libre circulación de los productos marcados introducidos legítimamente en el comercio por el titular o con su autorización, pero deja librado a los Estados parte la reglamentación del agotamiento, por lo que éstos pueden optar por el agotamiento nacional, el regional o el internacional.

La duración del registro (art. 10) se establece en diez años contados des-

de la fecha de concesión de la marca, pudiendo ser prorrogado por períodos sucesivos de diez años, sin que los Estados estén facultados para exigir que la marca esté en uso a los efectos de la prórroga de un registro.

Se prevé una suerte de derecho de prioridad basado en el uso previo por un plazo mínimo de seis meses en cualquiera de los países del MERCOSUR, a favor de todo aquel que se oponga a una solicitud de marca basado en dicho uso previo y simultáneamente solicite la marca (art. 8). Prevé la protección de las marcas altamente reconocidas (art. 9, §6), como una categoría distinta y superior a aquélla de la marca notoria. Se establece la posibilidad de la nulidad parcial y total de un registro de marca (art. 14), comprometiéndose los Estados miembros a establecer un procedimiento administrativo de nulidad de registro (art 16). Prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten la cancelación de una marca por falta de uso durante los cinco años precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación (art. 16), invirtiendo en este caso la carga de la prueba ya que es el titular de la marca quien debe probar que ésta ha sido usada.

1041. Entre las normas de carácter general que contiene el Protocolo merece destacarse la dispensa de legalización (art. 4), según la cual los Estados parte procurarán dispensar de legalización a los documentos y procedimientos relativos a la propiedad intelectual en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen. Asimismo, procurarán dispensar la presentación de traducciones juradas cuando los documentos estén en portugués o español, respectivamente.

El art. 24 del Protocolo compromete a los Estados a realizar esfuerzos en pos de acuerdos adicionales sobre patentes, modelos de utilidad y diseños industriales, derechos de autor y conexos. Sin embargo, no se ha progresado mucho en este aspecto.

3. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños

A) Argentina

1042. La Ley de patentes argentina N° 24.481 sancionada en 1995 y modificada por la Ley N° 24.572 de 1996, establece que podrán obtener

los títulos de propiedad industrial regulados en la misma, las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, imponiendo como único requisito la constitución de un domicilio especial en el país.

Similar criterio sigue la Ley de marcas N° 22.362 de 1980, que en rigor no hace referencia alguna a nacionalidad, exigiendo solamente la constitución de un domicilio especial en la Ciudad de Buenos Aires, que servirá, en el caso de que el solicitante sea una persona física o jurídica domiciliada en el extranjero, para establecer la jurisdicción y para notificar las demandas de nulidad o caducidad de marcas.

Por su parte, el Decreto-Ley sobre Modelos Industriales N° 6673/1963, confiere a los autores de modelos industriales creados en el extranjero los mismos derechos reconocidos por la norma a los autores argentinos, siempre que los respectivos países de aquéllos otorguen reciprocidad. La posterior adhesión de la Argentina al Convenio de París y luego al AADPIC determinó, en la práctica, la obsolescencia de esta norma.

B) Brasil

1043. Brasil, en su Ley de propiedad industrial N° 9279 del 15 de mayo de 1996 establece la aplicabilidad de la misma a la solicitud de patente o de registro proveniente del exterior y depositada en el Brasil por quien posea protección asegurada por tratado o convenio en vigor en ese país, como también a los nacionales o personas domiciliadas en un Estado que asegure a los brasileños o personas domiciliadas en el Brasil la reciprocidad de derechos iguales o equivalentes (art. 3). Determina asimismo que las disposiciones de los tratados en vigor en el Brasil son aplicables, en igualdad de condiciones, a las personas físicas y jurídicas brasileñas o domiciliadas en dicho país (art. 4). Requiere también que la persona domiciliada en el exterior constituya y mantenga un apoderado domiciliado en Brasil con facultades para representarla administrativa y judicialmente, y para recibir notificaciones (art. 217). Finalmente, en las disposiciones transitorias (art. 230) establece normas que permiten la obtención de patentes relativas a productos no patentables hasta entonces (tal como los productos químico-farmacéuticos) por quien posea protección garantizada por un tratado o convenio en vigor en el Brasil y el invento en cuestión ya esté patentado en el exterior.

C) Paraguay

1044. Paraguay en su Ley de marcas N° 751 del año 1979, modificada por la Ley N° 1258 de 1987, contiene una provisión similar a la argentina, en tanto exige la constitución, por parte del solicitante o de su abogado, de un domicilio en la ciudad de Asunción.

D) Uruguay

1045. En el derecho interno uruguayo rige la Ley de Marcas N° 17.011 del 25 de septiembre de 1998. El Poder Ejecutivo reglamentó esta ley por Decreto N° 34/1999 de 27 de enero de 1999.

1046. En sentencia del TAC de 6° Turno, de 3 de setiembre de 1990, publicada en *LJU*, N° 12.063, con relación al tema de la confundibilidad de nombre comercial, se estableció que:

> "(...) conforme a los arts. 2 y 3 del Convenio de París, pueden reclamar derechos en el Uruguay ('beneficiarios') los nacionales de los demás países miembros de la Unión y los nacionales de países no miembros, con domicilio o establecimiento industrial o comercial, en un país de la Unión, debiéndose probar alguna de esas calidades, de modo fehaciente, si solicitan derechos al amparo de las disposiciones del Convenio (...) Incluso, los extranjeros que no pueden reclamar la protección que ofrece el Convenio por no ser beneficiarios de sus disposiciones, pueden solicitar el amparo por doble vía: 1) la común o general del derecho interno, en base a los principios de la responsabilidad civil o aquiliana; y 2) la especial derivada de la aplicación de las normas del Convenio, por cuanto éste constituye derecho internacional en vigor en la República (Ley N° 13.497 y Decreto N° 588/1967) y, por ende, parte de nuestro derecho interno (...) (Rippe)".

Bibliografía complementaria

Sobre derecho de autor

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la compe-*

tencia desleal, Madrid, Civitas, 1978 y 2ª edición actualizada, 1993; DE WERRA, J., "Le régime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)", *RIDA*, 189, julio 2001, p. 79; GROMPONE, R., *Uruguay y la Unión de Berna (Modificaciones a la ley del 17 de diciembre de 1937*, Montevideo, AGADU, 1979; LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, París / Bogotá / Buenos Aires, Unesco / CERLALC / Zavalía, 1993; LIPSZYC, D., "El derecho de autor y los derechos conexos en el Acuerdo sobre los AADPIC (o TRIPs) de la OMC", *LL*, 1996-E, 1395; LIPSZYC, D., "La tecnología vs. los ilícitos en el derecho de autor y los derechos conexos", IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002; MASOUYÉ, C., *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978; MASSAGUER, J., "El Tratado de Washington sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados", Buenos Aires, *Rev. DAT*, marzo 1990, pp. 9 y 12; OMPI, "Nociones básicas de la propiedad industrial", documento de julio de 1995; UNESCO, Repertorio universal de derecho de autor (RUDA), UNESCO/Ministerio de Cultura de España/Civitas, 1990; VILLALBA, C.A., "Introducción a los tratados internacionales en materia de derecho de autor", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1980, pp. 331-349; VILLALBA, C.A. y LIPSZYC, D., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Sobre derecho de propiedad industrial

LAMAS, M.D., *Derecho de marcas en el Uruguay*, Montevideo, Barbat & Cikato, 1999; LOENARDOS, G., "Jurisprudencia en Brasil por la aplicación de la Ley de propiedad industrial y el Acuerdo AADPIC", *Derechos intelectuales*, 1999; O'FARRELL, E., "El Acuerdo GATT-TRIPs y el incidente de explotación", *LL*, 1997-B, 1156; O'FARRELL, E., "Más sobre las medidas cautelares, el incidente de explotación y el artículo 50 del TRIPs", *LL*, 1997-D, 924; O'FARRELL, E., "Acerca de la vigencia del Tratado AADPIC", *LL*, 1998-C, 732; OTAMENDI, J., "El primer fallo sobre el 'TRIPs'", *LL*, 1996-A, 318; RIPPE, S., *La propiedad industrial en el Uruguay*, Montevideo, FCU, 1992; SIEMSEN, P., "Las patentes y la propiedad industrial en Brasil", *Derechos intelectuales*, 1999; ZUCCHERINO, D. / MITELMAN, C., *Marcas y patentes en el GATT*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

Capítulo 24

Obligaciones contractuales: aspectos generales

Diego P. Fernández Arroyo, Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Dialécticas básicas de las obligaciones contractuales internacionales

1. Liberalismo *vs.* intervencionismo estatal

1047. La filosofía individualista del siglo XVIII influyó decididamente en el pensamiento jurídico de la época; la libertad individual se tradujo en libertad contractual, en cuanto posibilidad de contratar o no y en cuanto a la elaboración del contenido del contrato. Al contrato y su contenido se le reconocía fuerza obligatoria, como consecuencia de la presunción de que se había elaborado entre pares, en un marco de igualdad y libertad. No se tenían en cuenta situaciones que pudieran apartarse de esa regla, como la desigualdad entre las partes, la falta de libertad de una de ellas, la injusticia o el desequilibrio de los contenidos pactados, etc. Esta corriente tuvo fuerte influencia en las codificaciones del siglo XIX. Pero,

> "(...) el siglo XX puso en evidencia, definitivamente, el declinar de la concepción clásica. El postulado de la libertad absoluta se contrapone con el desenvolvimiento del individuo en sociedad, lo que importa relaciones interdependientes. La igualdad es una ficción que ignora el permanente estado de confrontación entre categorías de desiguales, por caso, los empleadores y los trabajadores; los propietarios y los locatarios; los predisponentes y los adherentes; los empresarios y los consumidores; los aprovechadores y las víctimas de la lesión; los profesionales y los profanos, etc." (Stiglitz).

A partir de allí es dable señalar dos fenómenos contemporáneos, vinculados entre sí: la "desigualdad real" y la "intervención del Estado para restablecerla formalmente" (...) "El individualismo liberal identifica o confunde la igualdad formal o jurídica, con la igualdad real o de fuerzas (...)" (Stiglitz), lo cual puede ser un grave error porque las fuerzas no siempre son parejas en la contratación internacional. El Estado debe por tanto intervenir, limitando la voluntad de las partes.

Esa intervención del Estado tendente a garantizar los principios de justicia contractual, puede realizarse por medio de diversos mecanismos: controlando el contenido de los contratos en forma previa a su concreción, a través de disposiciones imperativas y de orden público, que constituyen límites a la autonomía de la voluntad y de la prohibición legal de ciertas cláusulas. También puede intervenirse en una etapa posterior, en la esfera judicial, cuando el juez puede revisar el contrato o alguna de sus cláusulas, cuando exista lesión, imprevisión o ejercicio abusivo de las prerrogativas legales. En contra de este intervencionismo estatal en la vida del contrato se ha argumentado que lo que las partes han plasmado en el contrato, como expresión libre, espontánea e independiente de su voluntad, tiene una fuerza imperativa equivalente a la de la ley. Lo que las partes han contratado es la manifestación de su voluntad, "y si lo han querido es justo" (Mosset Iturraspe, citando a Foullé).

Concluye Mosset sosteniendo que la contratación, como instrumento jurídico apto para satisfacer las necesidades del hombre,

> "(...) no puede quedar librada a la inspiración de los particulares, los contratantes o, las más de las veces, al afán de lucro y especulación de uno solo de ellos. De ahí el rol protagónico que le corresponde al Estado, por medio de leyes que concreten elementos sustanciales de toda contratación o de algunos tipos en particular, o bien por medio del juez, custodio de la contratación".

1048. En la última década puede decirse que hemos vivido en un clima mundial de auge del (neo)liberalismo. Esto ha implicado no sólo que el libre mercado y el comercio internacional hayan sido claramente fomentados, sino también una interesada pérdida de prestigio de lo público, de todo lo relacionado con el Estado. Pero hemos visto tam-

bién que esa prédica encuentra muchos adeptos y poca resistencia en época de crecimiento (real o aparente) de la economía, cuando hay excedentes y el sector privado reclama un derecho a hacer sus negocios en total libertad; cuando el ciclo económico se invierte, como está ocurriendo en el nuevo milenio, parece ser que el Estado, las políticas (neo) keynesianas y las ayudas directas a las empresas, ya no son cosas tan monstruosas (Estefanía).

2. Autonomía de la voluntad de los contratantes *vs.* normas imperativas

1049. En un importante porcentaje de los contratos internacionales (ver Cap. 26.I), la voluntad de una de las partes en el contrato se limita a decidir si contrata o no, pero su voluntad no puede incidir en la fijación de los contenidos del contrato. De ahí que a pesar del papel fundamental que juega la voluntad de las partes en la contratación, "habrá que admitir que su función no es suficientemente abarcadora de la teoría general del contrato, pues el derecho necesario siempre, y el supletorio, en ocasiones, contienen límites que le son inherentes" (Stiglitz).

Ahora bien, debe notarse que hay dos niveles de discusión diferentes. Por un lado encontramos los contratos que se celebran entre categorías diferentes de contratantes, como el caso paradigmático de los contratos de consumo o los contratos individuales de trabajo. Allí el desequilibrio es consustancial al contrato y la intervención de normas que establezcan un mínimo equilibrio entre las partes es imprescindible en términos de justicia (por ejemplo, invalidez de las cláusulas contractuales de elección –imposición, en realidad– del juez, establecimiento de la jurisdicción más próxima al consumidor, aplicación de normas protectoras de sus derechos, etc.). Por otro lado, pueden existir desigualdades que son propias de la economía de libre mercado que han abrazado todas las economías de la región en los últimos años; nos referimos a la obvia existencia de empresas más poderosas y menos poderosas, al pequeño grupo exportador que debe contratar con una todopoderosa empresa de transportes. En estos casos, la discusión requiere mayor rigor ya que no se trata de supuestos equivalentes a los anteriores. Allá hay una de-

sigualdad jurídica intolerable para un Estado de derecho que, por lo tanto, debe corregirse; aquí, la desigualdad económica típica del sistema de libre mercado, que exige que la libertad de contratación deba ser la regla y que las normas correctoras sólo jueguen a título excepcional, en lo que sería una aplicación del dicho del durazno y la pelusa (Fernández Arroyo).

1050. Los límites tradicionales a la libertad contractual son el orden público y las buenas costumbres (ejs.: art. 21 del CC argentino, art. 11 CC uruguayo): es el legislador el que establece la primacía de determinadas normas (aquellas en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres) por sobre las cláusulas contractuales establecidas por los particulares. En suma, "la imperatividad restringe el voluntarismo" (Stiglitz).

La dialéctica "autonomía de la voluntad-normas imperativas" podría encontrar diversas técnicas de expresión en el DIPr, como "la admisión de la autonomía conflictual limitada por normas materiales imperativas del foro, de un tercer Estado o por el propio orden público del foro o, en los casos más extremos, la exclusión de la posibilidad de la elección de la ley" (Álvarez González). En la Convención de México de 1994, la admisión de la autonomía conflictual (art. 7) se ve limitada por algunas de las técnicas de expresión de la dialéctica mencionada, como la aplicación preceptiva de las normas imperativas del foro (art. 11 inc. 1) y el orden público del foro (art. 18). Con respecto a las normas imperativas de terceros Estados, su aplicación es sólo facultativa y se limita a aquellos Estados con los cuales el contrato tenga vínculos estrechos (art. 11 inc. 2). La Convención desechó en cambio la solución que opta por la "exclusión de la posibilidad de la elección de la ley", que ha sido la tradicional en Uruguay (art. 2403 del CC). Resulta compartible aquí la afirmación de Boggiano de que "en una cuestión tan importante como la elección por las partes de la ley aplicable, el debido proceso de elección por ambas partes debería ser garantizado".

1051. En ningún ordenamiento jurídico se admite la autonomía de la voluntad en forma absolutamente irrestricta, aunque varían los medios y la medida en que ésta se limita. Lo que sí es indudable es que existe una tendencia universal a aceptar –con diferentes limitaciones– que las

partes puedan determinar, en un ámbito de igualdad, el derecho aplicable y el juez competente a sus relaciones contractuales. En el ámbito interamericano es la tendencia mostrada por la Convención interamericana adoptada en la CIDIP V (México, 1994), lo mismo que sucede en el ámbito mercosureño con el Protocolo de Buenos Aires (1994) y los Acuerdos de arbitraje (1998).

En cuanto a las restricciones a la libertad de contratación, éstas existen en el derecho sustantivo, especialmente en la legislación económica, que contiene varias normas imperativas: leyes contra las prácticas comerciales restrictivas, sobre precios, sobre control de cambios y otras medidas que regulan la economía del Estado, los controles de importación, las normas de protección social (salarios mínimos), las normas de protección a la parte débil, etc. (Lando, Kahn Freund). Las normas imperativas del foro no pueden ser dejadas de lado mediante la elección de una ley diferente.

Todos los países requieren obediencia al orden público del foro, pero éste tiene un doble aspecto: el orden público como excepción *a posteriori* o aspecto negativo del orden público, que sin obstar al funcionamiento de la norma de conflicto, impide la aplicación del derecho extranjero elegido por las partes (o que resulte aplicable por remisión de la norma de conflicto competente), y el orden público *a priori*, aspecto positivo del orden público, normas de aplicación inmediata, de policía o normas imperativas. Este segundo aspecto refiere a aquellas normas que "en virtud de su propio texto o de su interpretación legal (...) debe ser aplicada sin tener en cuenta siquiera si el derecho es aplicable o no" (Lando). Son normas que la *lex fori* o sus jueces consideran de tal importancia que se dictan sobre materias en las que el Estado tiene tal interés en aplicar su propio derecho, que son aplicables inmediata o directamente, excluyendo el funcionamiento del sistema de conflicto (ver Cap. 6). Son normas que "el Estado reputa rígidamente obligatorias" y como tales "deben ser aplicadas sin ninguna vacilación a las relaciones jurídicas correspondientes" (Alfonsín).

Boggiano reconoce que las partes deben respetar los límites que las normas y principios "internacionalmente" imperativos les impone, distinguiendo las "normas imperativas internas sólo aplicables a los contratos domésticos", las que sí podrían ser desplazadas por las partes. Sos-

tiene que las partes de un contrato internacional pueden excluir, sin limitaciones, las normas coactivas o imperativas de los derechos privados vinculados al contrato. Estas normas, coactivas o imperativas respecto de los contratos nacionales, pasan a ser dispositivas en materia de contratos internacionales. El problema entonces consiste en saber qué normas imperativas en el ámbito interno son también imperativas respecto de las relaciones internacionales. Todos los autores y la inmensa mayoría de los sistemas coinciden con que las partes pueden eludir normas coactivas de los derechos internos, pero sólo en la medida que no vulneren normas de orden público internacional. Podría decirse que la doctrina y la jurisprudencia unánimemente reconocen que las normas y los principios de orden público internacional del Estado del juez no pueden ser dejados de lado por las partes ni directamente, a través de cláusulas contractuales en contrario, ni indirectamente, mediante la elección de un derecho diferente como regulador del contrato. También es generalmente aceptado que las normas imperativas o de policía del foro y las del país al cual el contrato está estrechamente vinculado por su función económica (Virgós Soriano) se aplican en forma preceptiva, debiendo las partes sujetarse a ellas.

En el fallo del caso *"Pablo Treviso S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c/ Banco Argentino de Comercio"* (31/8/1976, *ED*, 77-426), Boggiano sostuvo, coherentemente, que las normas imperativas o coactivas del derecho privado del foro no configuran límite a la autonomía material, salvo cuando ellas se consideran "la esencia misma de algún principio general de orden público". Advierte que debe distinguirse entre las normas coactivas del derecho, que son de orden público interno y se aplican a los casos nacionales, y las normas de policía de DIPr, las cuales "se refieren a casos con elementos extranjeros y los sujetan al derecho propio por consideraciones de orden público internacional, esto es, aplicable a casos multinacionales". En cuanto al derecho extranjero, manifiesta que las partes pueden derogar las normas dispositivas, coactivas y de policía del derecho extranjero aplicable en virtud de la norma de conflicto, salvo las que fueren inderogables en el o los países donde el contrato deba producir algún efecto. Como consecuencia de la autonomía conflictual (en las hipótesis en que ésta es permitida por el legislador), las partes podrían derogar las normas coactivas y de policía del derecho que eligen, ya que si pueden

elegir un derecho aplicable distinto al indicado por el legislador, también podrían, siempre según Boggiano, limitar el derecho elegido mediante la autonomía material, es decir, incorporando al contenido del contrato algunas de las normas del derecho elegido y desechando otras.

Herbert en cambio considera necesario tener en cuenta, además de las normas de policía del foro, "que naturalmente operan sin necesidad de norma expresa, (...) las extranjeras, vinculadas de alguna manera a las obligaciones contractuales". O sea que la limitación sería más amplia, por referirse a las normas de policía de todos los Estados vinculados de alguna manera al contrato, o cuyas economías se vean de alguna manera afectadas por ese contrato, y no sólo a las del Estado con el cual el contrato está estrechamente vinculado por su función económica. Von Bieberstein señala que a pesar de algunas renuencias a aplicar disposiciones imperativas de otro derecho que no sea el del foro, los jueces tienden a aplicar disposiciones imperativas de otros Estados con los cuales la situación tenga una conexión significativa. En la práctica, Horn recomienda que al redactar un contrato internacional, el abogado debe tener en cuenta no sólo las normas imperativas que pueda contener la ley aplicable al contrato, sino también aquellas leyes imperativas dictadas por los Estados involucrados.

3. Regulación directa *vs.* regulación indirecta

1052. La regulación directa de los contratos se realiza a través de normas materiales, sustantivas o directas, que son aquellas que regulan ellas mismas el contrato, habiendo sido creadas especialmente para adaptarse a la naturaleza del caso jusprivatista multinacional (Boggiano). Un ejemplo claro en materia contractual lo constituye la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, vigente, entre otros muchos Estados, en Argentina y en Uruguay. También pueden existir normas directas en los sistemas autónomos de DIPr.

La regulación indirecta es la que proporciona la norma formal, de conflicto o indirecta, la cual se limita a señalar, a través del punto de conexión, el derecho material aplicable, "a asignarle vigencia o competencia a una norma material" (Alfonsín). Lo típico de esta norma es su elec-

ción indeterminada del derecho aplicable, que eventualmente puede ser un derecho extranjero. Como hemos visto, en la inmensa mayoría de los países, el sistema contractual está basado en la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable, con límites generales (normas imperativas y orden público) y límites especiales (contratos con parte débil). Así por ejemplo, la admite en su art. 7 la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994), la cual no está vigente al 1°/12/2002 en el ámbito espacial del MERCOSUR. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, que sí lo están, constituyen unos de los poquísimos textos vigentes en el mundo que no admiten la autonomía de la voluntad: "la silencia el primero y la repudia el segundo (Protocolo Adicional de 1940, art. 5)" (Goldschmidt). Si la autonomía de la voluntad no está admitida o no se ejerce por los contratantes, se aplican entonces las normas (en general indirectas) de DIPr del sistema que resulte aplicable.

4. Determinación indirecta del derecho aplicable: conexiones rígidas *vs.* conexiones flexibles

1053. *Conexiones rígidas:* la norma formal, indirecta o de conflicto, ya sea nacional o internacional, puede optar por una conexión rígida o flexible a los efectos de determinar el derecho material aplicable. Conexiones rígidas en materia de contratos son por ejemplo el lugar donde los contratos deben cumplirse (art. 37 TMDCI de 1940), el lugar en donde se celebran (art. 40 TMDCI de 1940). Este tipo de conexión tiene la ventaja de proporcionar certeza y previsibilidad, favoreciendo la seguridad jurídica internacional (Boggiano). Los puntos de conexión jurídicos requieren la previa definición jurídica de sus conceptos para determinar dónde se realizan efectivamente y por tanto cuál es el derecho material aplicable. Lo más adecuado a los efectos de la seguridad jurídica es que esa definición esté dada por normas materiales, que proporcionen una definición autárquica unívoca.

Así por ejemplo, el art. 38 del TMDCI de 1940 establece que se entiende por lugar de cumplimiento a los efectos del Tratado. Asimismo, el punto de conexión domicilio está definido materialmente en el art. 5

del TMDCI de 1940, y en el art. 2 de la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr. Puede ocurrir que el legislador no incluya estas definiciones materiales legales, pero que indique en cambio, a través de una norma indirecta, cuál será el orden jurídico competente para brindar dicha definición (ej.: art. 5 TMDCI de 1889). A falta de ambas, la interpretación del punto de conexión queda librada al juez. La certeza y previsibilidad que brindan las conexiones rígidas "(...) es ya justicia incipiente, porque posibilitando la previsión del derecho eventualmente aplicable en el ámbito de la jurisdicción nacional, garantiza la defensa o tutela de los derechos (...)" (Boggiano). En este sentido pareciera irrefutable la opinión de autores como Wengler que han visto en la rigidez de la norma indirecta una garantía de la seguridad jurídica a la que no se puede renunciar.

1054. *Conexiones flexibles:* no obstante la protección indudable de la certeza y de la previsibilidad del resultado que brindan las conexiones rígidas, debe también considerarse que las mismas no siempre logran acomodo a las particulares circunstancias de las situaciones concretas. Si de un lado queda garantizada la seguridad jurídica, de otro puede no alcanzarse el valor jurídico por antonomasia: la justicia (Hay, Mosconi).

Precisamente, una de las críticas más insistentes y razonables que se han hecho al método de conflicto clásico, estriba en su desentendimiento respecto del resultado concreto de la aplicación de una norma que el legislador establece *a priori*, sin poder lógicamente prever las innumerables variaciones y vicisitudes de los casos reales. Por eso es que se han abierto cauces para la flexibilización de la norma indirecta, de modo de buscar una mayor adecuación de la misma al caso concreto. Así entendida la finalidad de la flexibilización, una forma de lograrla sin vulnerar en lo más mínimo (más bien garantizándola al máximo) la previsibilidad de las partes es mediante la autonomía de la voluntad. En efecto, si las partes cuentan con el derecho a elegir la ley aplicable, en condiciones normales escogerán una que satisfaga a ambas y que será la que, según sus expectativas, mejor se acomode a las particularidades del contrato que celebran; además, resguardan la certeza del derecho aplicable que ya no depende de interpretaciones judiciales porque está designado de manera concreta.

La otra forma de buscar resultados más justos mediante la flexibilización es la que se instrumenta mediante las normas indirectas que, en lugar de utilizar conexiones rígidas, emplean conexiones abiertas, ordenando la aplicación del derecho "más estrechamente conectado" o que tenga una "vinculación más significativa" con el caso. La idea sigue siendo exactamente la misma que la de Savigny, que consistía en buscar la "sede" de la relación jurídica; la diferencia radica en quién concreta esa búsqueda: en el método clásico lo hace el legislador de una vez para todos los casos que se produzcan en el futuro, mientras que las normas flexibles hacen trabajar al juez frente al caso específico que le toca decidir. Dentro de la misma tendencia a la flexibilización, es preciso señalar la importancia de las llamadas cláusulas de excepción, que pueden jugar respecto de normas rígidas o flexibles. Según estas cláusulas, el juez puede dejar de lado la conexión o el criterio que le brinda el legislador cuando del conjunto de las circunstancias del caso concreto resulta que el caso está más estrechamente vinculado con otro ordenamiento (Kreuzer).

El ejemplo típico en cuanto a conexiones flexibles sería la que remite a la ley del lugar con el cual la relación tiene los vínculos más estrechos, o la relación más significativa, cada vez más utilizada en el mundo entero. Así la encontramos en el *Restatement 2nd, Conflict of Laws*, 1971, §188, que aunque no sea derecho positivo tiene gran predicamento en los Estados Unidos. Como derecho positivo aparece en la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, art. 4.1, vigente en todos los países de la UE, en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, art. 9.1, vigente en México y Venezuela; en los sistemas autónomos de varios países europeos no comunitarios (Suiza, Eslovenia, etc.), en el art. 30 de la Ley venezolana de 1998 (el art. 29 establece, como regla general, la autonomía de la voluntad), etcétera.

Esta fórmula es de resultados difícilmente previsibles, ya que deja un margen muy amplio a la subjetividad del tribunal que entienda en el caso (esta subjetividad es un factor mucho mayor en los sistemas de raíz latina, con jurisprudencia no obligatoria). Por ello se hace necesario dar aunque sea un mínimo de pautas al juez para asegurar una cierta certeza al sistema. Así por ejemplo, la Convención de México establece que para determinar cuál es el derecho del Estado con los vínculos más es-

trechos, el tribunal tomará en cuenta "todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato (...)", y "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales" (art. 9.2). La idea fue alcanzar un balance entre justicia y certeza, dándole instructivos definidos al juez, y no sólo una guía filosófica. Sin embargo, es dudoso que esas indicaciones sean suficientes en cuanto a la previsibilidad del resultado, sobre todo si se compara con la Convención europea que utiliza presunciones para guiar al juez, como la de la prestación característica (art. 4.2).

II. Autonomía de la voluntad y contratación internacional

1. Autonomía reguladora de alcance general

1055. La autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales es uno de los temas que ha despertado mayores polémicas en la doctrina y la jurisprudencia. Es un tema que siempre ha estado presente y, sobre todas las cosas, no es un tema aséptico que pueda resolverse por argumentos teóricos abstractos y aislados de la realidad del comercio internacional. Se trata de un tema de hondo contenido político en el cual están en juego intereses comerciales relevantes y que en algún momento se planteó en relación con el enfrentamiento entre "países desarrollados y subdesarrollados" (la misma terminología muestra claramente que es una discusión antigua).

Mac Lean dice "las normas legales no se desarrollan en un vacío de laboratorio, sino que se producen y causan efectos dentro del contexto de una realidad política, económica y cultural concreta, y es únicamente dentro de ese contexto donde se puede encontrar su significado real". Trasladada a esta cuestión, la idea sería que en este tema se estaría jugando el derecho de los países en desarrollo a regular con sus normas los contratos que tienen ejecución en su territorio y que afectan intereses nacionales indiscutibles, a lo cual se opone el deseo del mundo desarrollado de asegurar que sus actividades comerciales e industriales en todo el mundo puedan desenvolverse en el contexto del derecho que sus empresas eligen (su propio derecho) y juzgarse por sus propios tribunales. Vickers comentaba: "la completa autonomía no es lo que más conviene a

las naciones en desarrollo porque, debido al superior poder de negociación de las partes de países desarrollados, éstas impondrían la ley y el foro más convenientes para ellas". Y agregaba "con la excepción de algunos recursos naturales con gran demanda y escasa oferta, los países desarrollados han prevalecido en la contienda por poder de negociación y continúan defendiendo una autonomía de la voluntad sin trabas".

Ese discurso, aunque siga manteniendo parcialmente una base válida, debe repasarse a la luz de las circunstancias y los escenarios actuales. La vieja idea de aplicar el derecho que favorezca a nuestras empresas e imaginar que ese derecho es siempre el propio, choca frontalmente con los datos que ofrece la realidad. En primer lugar, lo que en los años setenta y buena parte de los ochenta eran "nuestras" empresas (el debate acerca de la identificación entre los intereses empresariales y los del país en su conjunto lo dejamos para otra ocasión) en gran medida ya no lo son. Casi todas las empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, los bancos más importantes, casi todos las empresas explotadoras de recursos energéticos, buena parte de las industrias manufactureras y de alta tecnología y hasta la casi totalidad de las grandes superficies comerciales son filiales de grupos trasnacionales. Es decir que la primera parte de la afirmación (la que se refiere a la necesidad de favorecer a "nuestras" empresas) se torna bastante dudosa.

Pero lo que es más relevante desde el punto de vista jurídico es que "nuestro" derecho tampoco es indefectiblemente el que más va a favorecer los intereses nacionales, por paradójico que resulte. Y eso no es únicamente en el marco de los contratos entre empresas. Si se piensa en categorías necesitadas de una especial protección, como son los trabajadores o los consumidores, es altamente probable que la elección de un derecho europeo, por ejemplo, resulte ostensiblemente más favorable para lograr dicha protección que dejar el contrato sometido a varias de las legislaciones latinoamericanas actualmente vigentes. Estos son los parámetros que muestra la realidad de hoy, como resultado de la aplicación del pensamiento único neoliberal en los países latinoamericanos. Otra cosa es que no nos guste la realidad y queramos cambiarla; pero para eso están los métodos democráticos a través de los cuales los países podrían, al menos en teoría, dotarse de gobiernos que intenten modificarla en lugar de profundizarla.

2. Arbitraje comercial internacional y *lex mercatoria*

1056. Las partes pueden pactar someter sus diferencias a un tribunal arbitral, en vez de a un tribunal judicial estatal internacionalmente competente, siempre que se ajusten a las condiciones y requisitos exigidos por la normativa nacional o internacional aplicable (Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York, 1958, Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, de Panamá, 1975, Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, 1998, Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, 1998, o leyes estatales sobre la materia). Nótese que aunque el arbitraje es la máxima expresión de la autonomía de la voluntad en el marco de la solución de controversias, las decisiones de los árbitros pueden tener eficacia, ser ejecutables, porque los Estados han aceptado progresivamente el poder de los particulares de resolver sus disputas fuera de los canales institucionales públicos. Es decir que son los Estados los que a través de la incorporación de normas nacionales o internacionales a su orden jurídico, admiten o no la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo arbitral, y fijan los límites dentro de los cuales éstas podrán actuar. Y de este modo, los Estados reconocen una institución que es clara expresión de la autonomía de la voluntad, concebida nada más y nada menos que para excluir a los tribunales estatales de la solución de las controversias jurídicas, sometiéndose a la potestad decisoria de un particular o de un grupo de particulares. Claro que al final del camino, a la hora de ejecutar lo que resuelva el árbitro o el tribunal arbitral, la potestad para ejecutar lo juzgado sólo corresponde a los jueces y tribunales estatales.

Esta autorización a las partes a dejar de lado las reglas de competencia judicial preestablecidas por el legislador, es dudosamente compatible con algunas normas vigentes en el ámbito del MERCOSUR, como el art. 5 del Protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay) o el art. 2403 del CC uruguayo, que se aplica a relaciones que vinculen a Uruguay con Brasil, que prohíben en principio a las partes modificar las reglas de competencia legislativa y judicial establecidas en los respectivos cuerpos normativos. No obstante, para algunos, las normas sobre arbitraje serían normas especia-

les que rigen estrictamente los supuestos de aplicación previstos en las mismas, es decir, los supuestos que corresponden a su ámbito de aplicación material, espacial y temporal, hipótesis contemplada en la parte final de los arts. 5 y 2403 citados, que autorizan a las partes a elegir ley y juez dentro del margen que le confiere la ley competente. Fuera de estos casos, es decir cuando no resulta aplicable ninguna de dichas normas, se aplica entonces la norma competente en materia de jurisdicción internacional, que podrá admitir o no la autonomía de la voluntad a efectos de que las partes elijan la jurisdicción y limitarse a establecer bases de jurisdicción para el caso de que las partes no hagan uso de esa posibilidad. Claro que el entendimiento de las normas de arbitraje comercial internacional como normas "especiales" no es para nada pacífico.

1057. Diversas instituciones, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), trabajan en la elaboración de una *lex mercatoria* capaz de proporcionar a las partes involucradas en el comercio internacional, normas materiales adecuadas a las necesidades de la comunidad transnacional. El objetivo es eliminar por lo menos algunos problemas de conflicto de leyes y jurisdicciones por medio del uso de definiciones ampliamente aceptadas, como los INCOTERMS, o de disposiciones estándar, incluidas en condiciones generales del contrato, lo cual, junto con el arbitraje, tiende a "deslocalizar" muchas transacciones comerciales transnacionales (Delaume). Los usos del comercio pueden ser muy útiles como complemento, cuando corresponda, del derecho de cada Estado, pero difícilmente puede esperarse que eliminen la aplicación de ese derecho. Esto surge claro del hecho de que en general las condiciones generales incluyen cláusulas de elección de la ley, lo que demuestra que no son autosuficientes, y que por más detalladas y exhaustivas que sean, no pueden sustituir completamente al derecho nacional (Boggiano).

A partir de 1995, el Proyecto de Comercio Electrónico (ECP) de la CCI ha colaborado con el desarrollo de una serie de iniciativas y productos, incluyendo los *E-Terms*, publicados en el *E-Terms Repository Guidebook*. La finalidad de esta guía es almacenar un conjunto de pautas y lineamientos en un depósito internacional (o *LIBRAR-e*), que ponga a disposición, para ser leídos y bajados, contratos comerciales y con consumidores, cláusulas y condiciones contractuales, o para su incorpora-

ción por referencia a través de redes abiertas, incluyendo Internet. Pretende facilitar el cibercomercio, haciendo accesibles las cláusulas y terminologías para su uso e incorporación por referencia. Se busca que los *E-Terms* tengan la misma aceptación que los INCOTERMS, los cuales han sido utilizados en el comercio internacional por muchos años. Todos estos proyectos tendentes a desmaterializar el comercio se basan en el concepto de un contrato de compraventa o prestación de servicios de un país a otro en base a la red, con el comprador accediendo a los términos del contrato del vendedor en su página web y creando un contrato seleccionando y *clicking*, o arrastrando y colocando términos adicionales en el contrato *on-line* (Bond). La CCI ha elaborado también usos para el comercio digital seguro, denominados *GUIDEC II: General Usage for International Digitally Ensured Commerce,* que son una versión revisada en octubre de 2001 de los originarios de 1997.

3. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

1058. Entre las varias posibilidades que existen para lograr algún grado de aproximación o síntesis entre distintos ordenamientos jurídicos, puede caracterizarse a los *restatements* como la recopilación de las soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia o serie de materias (Rosset, Hyland). Sin duda, lo primero que viene a la cabeza cuando se utiliza dicha terminología es el resultado de la labor (parte de ella, en realidad) de una conocida institución de los Estados Unidos de América, el *American Law Institute*, que reúne a más de 3300 miembros pertenecientes a todas las profesiones y a todas las disciplinas jurídicas, y que ha elaborado en su larga vida un considerable número de estos textos sobre las más variadas materias. Entre los más recientes, cabe citar, por las controversias que ha suscitado, el *Restatement 3rd on the Foreign Relations Law of the United States.*

En el ámbito europeo la palabra *restatement* ha pasado a ser de uso corriente en la última década, en referencia a los dos esfuerzos paralelos de armonización jurídica en materia contractual, uno restringido al marco de la CE (Principios de derecho contractual europeo –PDCE– elaborados por

la "Comisión Lando") y el otro, de vocación universal, realizado bajo los auspicios del UNIDROIT. Probablemente, la "popularización" del término *restatement* viene de su utilización en la presentación en sociedad de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, por parte de su principal impulsor (y también protagonista del trabajo europeo), el eminente comparatista italiano Michael Joachim Bonell.

Son varios los argumentos que justifican la introducción del vocablo. En primer lugar, siendo obvio que no se trata de convenios internacionales (aprobados en una conferencia diplomática y sujetos a ratificación), sendos textos fueron concebidos desde un principio a partir de una idea que encajaba perfectamente en la caracterización que antes hicimos: la idea fuerza es la de buscar en general las soluciones habituales existentes para los aspectos contractuales abarcados, más que plantear la introducción de soluciones nuevas (como es habitual en las Leyes Modelo) (Beale, Castronovo). En segundo lugar, tal como hacen los *restatements* norteamericanos, cada una de las reglas es seguida por un comentario explicativo en letra más pequeña y, en el caso de la obra europea, también se incluyen notas con referencias a las fuentes y al estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia de los países implicados. Por último, ambas empresas han tenido un carácter eminentemente privado, entendiendo por tal el que quienes han intervenido lo han hecho a título particular y no como representantes estatales, siendo, en su inmensa mayoría, profesores; esto no implica para nada desconocer la ayuda financiera del Servicio Jurídico de la Comisión de la CE a la Comisión Lando, ni las dudas planteadas por la utilización del foro intergubernamental de Roma para una tarea privada dirigida a los operadores del comercio internacional "quienes poseen sus propias organizaciones profesionales particularmente bien pertrechadas para ocuparse de su comunidad" (Kessedjian). Al igual que sucede con sus parientes estadounidenses, el carácter privado, académico, de los Principios les confiere al mismo tiempo gran perfección técnica e inciertas posibilidades de repercusión práctica. Sin embargo, los Principios UNIDROIT están teniendo una enorme aplicación práctica.

1059. Ahora bien, debe asumirse que la identificación de los Principios con la *lex mercatoria*, a pesar de colocar la cuestión en un punto para na-

da cerrado en la doctrina, puede que ayude bastante a su puesta en práctica. Se supone que en la medida en que se consoliden las tendencias visibles (sobre todo en Europa) hacia la toma en consideración de la *lex mercatoria* por parte de los *aplicadores*, mayores deberán ser las posibilidades de que los Principios sean utilizados en la solución de las controversias contractuales suscitadas en el ámbito comunitario. Y esto será así porque entre los escollos más palpables para confiar en esa suerte de "derecho" transnacional surgido de y/o para la práctica comercial internacional, se vienen señalando desde antaño las dificultades para determinar claramente cuáles son las reglas que lo componen y para aceptar la legitimidad de las fuentes de las que emana (Rigaux). Consecuentemente, no es nada descabellado afirmar que los Principios, al declararse a sí mismos como parte de ese "sistema" y hacerse una parte visible del mismo ayudan a romper el hielo de la desconfianza. En idéntico sentido actúa el prestigio académico de sus redactores sumado al apoyo de instituciones públicas como el UNIDROIT o la Comisión de la CE. Además, el proceso no es unidireccional sino que, desde la otra perspectiva, la de los sistemas de derecho vigentes, también se le va haciendo un lugar a la realidad surgida en el ámbito transnacional.

Esto es palpable en la UE, como puede verse, por ejemplo, en el art. 23 del Reglamento (CE) 44/2001 (que convierte en derecho comunitario a la Convención de Bruselas) y antes en su precedente, art. 17 de la Convención de Bruselas, que permite la elección del juez competente "en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado". La decisión TJCE de 16/3/1999, C-159/97 (*"Transporti Castelletti c/ Hugo Trumpy"*), sirve para mostrar el alcance de la disposición. En ella el Tribunal declaró válida la cláusula de sometimiento a un tribunal de Londres incluida en inglés y en letra pequeña (aunque legible) en el reverso de varios conocimientos de embarque, en un litigio entre dos empresas italianas que no presentaba ninguna vinculación con el Reino Unido, considerando que se trataba de una forma de sumisión expresa "conforme a los usos" (ver también la decisión TJCE de 10/2/1997, C-106/95 (*"MSG c/ Les Gravières Rhénanes"*)).

Es indudable que, más allá de consideraciones de fondo, tanto de carácter filosófico-jurídico como político, todos estos datos van logrando que las comillas que antes colocamos a "derecho" (transnacional) y a "sistema" se vayan diluyendo, en este contexto, progresivamente. Con esto queremos decir que, más allá del punto de vista particular que cada uno tenga sobre los fundamentos, la legitimidad y la aplicabilidad de la *lex mercatoria*, no puede abrigarse duda alguna de que en buena medida la discusión deviene abstracta cuando las reglas de que normalmente se identifican como pertenecientes a la *lex mercatoria* son "introducidas" en textos claramente reconocibles y respaldados por organismos internacionales, o cuando las normas positivas reconocen la eficacia de aquéllas, *per se* o a través de la voluntad de las partes (Giménez Corte).

1060. Con todo, no debe perderse de vista que en sede judicial la *lex mercatoria* sigue sin gozar de la buena acogida que se le va viendo paulatinamente en el marco del arbitraje. Incluso en este ámbito lo que no plantea ya grandes discusiones es su aplicabilidad cuando las partes voluntariamente la introducen en sus contratos, mientras que la aplicación "espontánea" de la *lex mercatoria* por parte del árbitro –no mediando la voluntad de las partes– de momento parece tener mejor acogida en un sector de la doctrina que en las leyes y jurisprudencias estatales, bien que se trate de un sector doctrinal prestigioso que además suele coincidir con el reducido colectivo de árbitros (Juenger, Vischer, Grigera Naón).

Así, Ole Lando, después de poner de relieve la cantidad de países que han adoptado leyes de arbitraje sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 –cuyo artículo 28.1 abre la puerta a la aplicación de las reglas de la *lex mercatoria* escogidas por las partes–, invoca sucintamente las normas de los Códigos de Procedimiento Civil de Francia (art. 1496), Holanda (art. 1054) e Italia (art. 834) y de la Ley inglesa de arbitraje de 1996 (art. 46.1.b), así como decisiones de los Tribunales Supremos de Austria y Noruega, para mostrar la expansión de la tendencia a permitir a los árbitros la aplicación de la *lex mercatoria* aunque las partes no la hayan elegido.

Pero en el ámbito estrictamente institucional, público –es decir, el de las jurisdicciones estatales y las normas positivas–, es notorio que ni siquiera el libre acuerdo de las partes contratantes acerca de la aplicación de la *lex*

mercatoria resulta eficaz en la generalidad de los casos. Puede gustar o no, pero es difícil discutir que la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales sólo ha querido admitir la elección de una ley estatal (Lagarde), y que, aun cuando se permita el recurso a la *lex mercatoria* por la vía de la autonomía material (incorporación), su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso. Las propuestas sobre la adición al art. 3.1° de la Convención de Roma de un párrafo autorizando expresamente a las partes a elegir los Principios de UNIDROIT o los Principios europeos (Boele-Woelki, Bonell), pese a su bondad, no hace sino reconocer la existencia de aquella limitación.

Hechas las breves disquisiciones anteriores, lo que aparece como bastante claro es que, de un lado, allí donde las leyes o la jurisprudencia admitan la aplicación de la *lex mercatoria* por árbitros o jueces, los Principios (tanto los europeos como los de UNIDROIT) gozarán de una observancia privilegiada; y, de otro lado, donde exista mayor resistencia o indiferencia a las reglas transnacionales, las que tendrán más posibilidades de ser aplicadas son las contenidas en los Principios (Berger).

1061. Los Principios UNIDROIT se aplican sólo a los contratos comerciales internacionales, aunque no incluyen una definición de éstos, dejando así en manos de los jueces o árbitros la determinación de estas dos condiciones. Si se trata de jueces estatales, lo harán en base a su *lex fori*; si se trata de árbitros, podrán recurrir a otros criterios, ya que no están ligados por la *lex fori*. El fundamento de su obligatoriedad proviene de la voluntad de las partes: "no son obligatorios de manera autónoma, sino que simplemente lo son gracias a estipulaciones contractuales". Pero los contratos están sometidos a una ley que les es aplicable, elegida por el legislador, o por las partes si aquél las autoriza a ello. Pero la voluntad de las partes debe expresarse siempre dentro de un orden jurídico determinado. Es más, establece expresamente el art. 1.4 que los Principios no restringen la aplicación de normas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de DIPr. Esto parecería indicar que no puede regularse un contrato exclusivamente por los Principios, con exclusión de cualquier derecho aplicable (Larroumet). En definitiva, el

contrato tendrá siempre un orden jurídico de referencia, y como sostiene Larroumet, "deben sólo complementar al derecho aplicable al contrato internacional, con la condición de que ese derecho aplicable lo autorice, de manera que los principios no se aplican sino en el marco de las disposiciones supletorias del derecho aplicable".

En el entendimiento anterior, los Principios de UNIDROIT podrían considerarse incluidos dentro de los principios del derecho comercial internacional y jugar, cuando corresponda, en la determinación del derecho aplicable a los contratos conforme al art. 9 de la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V) y a los efectos del art. 10 de la misma (ver Cap. 25.III). Los Principios de UNIDROIT no son un convenio internacional, susceptible de firma, aprobación y ratificación. Están pensados como solución a la que se puede recurrir "cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato", para "interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme", o para "servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional"(Preámbulo). En ocasión del seminario organizado por UNIDROIT, conjuntamente con el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Carabobo, en Valencia, Venezuela, en noviembre de 1996, Opertti propuso que el MERCOSUR podría adoptar, por la vía de una Decisión del CMC, una recomendación a fin de que los Principios sean tomados en cuenta al celebrar un contrato comercial internacional dentro del ámbito del MERCOSUR.

4. Autonomía en la elección del juez competente

1062. El tema de la autonomía para la libre elección de tribunal no puede separarse ontológicamente del tema de la elección de ley. Ambos problemas están íntimamente ligados, como lo señala el aforismo "quien elige juez elige ley". Se ha fundado la necesidad de admitir la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del juez competente en la certeza y previsibilidad que brindaría el sistema a las partes y al comercio internacional. La práctica muestra que esa alegada certeza algunas veces puede devenir más ilusoria que real. La inclusión de una cláusula de elección del juez en un contrato internacional no garantiza obviamente que

no vaya a haber demandas en otros foros. Pero si dicha elección se admite y los tribunales actúan seriamente, las demandas ante otros foros no prosperarán, como sucedió en el famoso caso "*Bremen c/ Zapata*" (407 US 1 (1972)). La inclusión de una cláusula de elección del foro (tribunales ingleses) no evitó por cierto a la empresa alemana *Unterweser* el tener que comparecer en un juicio en tres instancias en los Estados Unidos, aunque luego de largas peripecias logró que la Corte Suprema de ese país reconociera la validez de la cláusula de jurisdicción.

Esto implica que en el litigio internacional debe andarse con mucho cuidado. Frente al surgimiento de una controversia con relación a un contrato internacional que incluya una cláusula de elección del foro, siempre puede ocurrir que la acción se entable ante el juez elegido en el contrato o ante otro juez que sea competente según sus normas. Y puede suceder que el juez al que se le presenta el caso determine que él es competente desconociendo efectos al acuerdo de voluntades celebrado por las partes, basándose en las normas vigentes en su país y amparándose en criterios tales como el orden público, el abuso de posiciones dominantes, la falta de consentimiento válido, etcétera.

1063. Se ha argumentado que es necesario dejar a las partes en libertad de elegir el juez que mejor les convenga. Este argumento presupone la libertad e igualdad en el proceso de negociación, condiciones que no siempre existen. Pero aun en los casos en que las partes estén en condiciones de elegir libremente, con igual poder de negociación, un foro supuestamente neutral, como ocurrió en el referido caso "*Bremen c/ Zapata*", la cláusula no necesariamente implica una solución conveniente para ambas partes (en el caso, parece evidente que la empresa estadounidense *Zapata Off-Shore Co.* entabló acción ante tribunales norteamericanos porque le resultaba más conveniente que hacerlo ante tribunales ingleses). Pero precisamente, la posibilidad de establecer la cláusula y el respeto de la misma por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, preservó las expectativas legítimas, evitando que dicho acuerdo fuera violado con el apoyo de los tribunales del país de una de las partes. Es verdad que es difícil que ambas partes encuentren una solución que resulte igualmente conveniente para ambas, pero en los contratos internacionales, como en cualquier transacción, los negociantes ceden por un

lado lo que ganan por otro. Si una de las partes es económicamente más fuerte que la otra es muy probable que intente imponer la solución más conveniente para ella; pero esto no es exclusivo de las cláusulas de sumisión a determinado tribunal, sino que es consustancial al sistema de libre mercado.

Puede pasar, en determinados casos, que las motivaciones que llevan a la elección del juez no sean totalmente aceptables, es decir, que mediante la elección de éste intenten conseguir un resultado espúreo. No parece ser el caso de la elección basada en la desconfianza que las partes pertenecientes a algunos Estados suelen mostrar respecto de los tribunales de otros Estados por diferentes razones, entre otras, por el alto índice de corrupción existente. En otras ocasiones, en cambio, la cláusula de elección del foro apunta a eludir responsabilidades. Bastará a la parte contractualmente más fuerte con incluir una cláusula eligiendo un foro de difícil o costoso acceso para la otra parte, para evitar reclamaciones en su contra. Esta fue la motivación de la empresa empleadora en el caso "*Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commision of California*" (294 U.S.532 (1935)), en que las posibilidades de los trabajadores californianos de volver a Alaska a reclamar compensaciones justas por los daños sufridos eran muy escasas. Claro que allí se trataba de un típico caso de contrato con parte débil.

Nada comparable es el supuesto de los contratos de transporte, aunque puntualmente pueda afirmarse que, si las cláusulas de elección del juez incluidas en los contratos de transporte, eligiendo tribunales ingleses en contratos con lugar de cumplimiento en Argentina o Uruguay, fueran aceptadas podría tener el mismo efecto de impedir las demandas. Y esto es así porque sólo un número determinado de los reclamos emergentes de dicha contratación (los que estuvieren por encima de determinados montos elevados) ameritarían afrontar los gastos de litigar en un foro tan lejano. Coincidentemente con esta idea, dichas cláusulas han sido tradicionalmente rechazadas por la jurisprudencia de nuestra región (ver Cap. 30). Precisamente, la situación actual argentina ha evolucionado hacia la admisión generalizada de la autonomía salvo en el transporte, donde sigue estando prohibida por disposiciones expresas de la Ley de la navegación (arts. 612 y 621).

1064. Otro argumento muy manido en favor de la autonomía es que ésta responde a las necesidades del comercio internacional (Juenger, Boggiano, etc.). No hay dudas de que el comercio se ve favorecido cuanta más libertad se deja a los particulares. Pero también debe tenerse en cuenta que difícilmente pueda aprehenderse tal cosa como "los intereses del comercio internacional" en abstracto: lo que sí existen son intereses comerciales concretos. En este sentido se ha pronunciado Opertti, sosteniendo la conveniencia de defender la jurisdicción "natural" y el deber de ejercer la propia jurisdicción (que dentro del MERCOSUR tiene incluso rango constitucional en uno de sus Estados miembros: Uruguay). Desde esa perspectiva, la defensa de los intereses nacionales y regionales resulta fundamental y conserva toda su vigencia, desde que el contrato internacional, por ser un factor económico, incide en las economías estatales y regionales. Claro que también esos "intereses nacionales o regionales" son de difícil concreción.

1065. Aunque sean cosas diferentes, la elección del juez competente implica indirectamente la elección del DIPr aplicable, ya que el juez parte necesariamente de su sistema de conflicto, de fuente internacional si su orden jurídico incluye tratados o convenciones en cuyo ámbito de aplicación (espacial, material y temporal) quepa la cuestión de que se trata, y en su defecto, de su DIPr nacional (art. 1 Convención interamericana sobre normas generales de DIPr). Esto implica que la elección del juez en un contrato, siempre va a estar vinculada a la previa elección de la ley. Aquellos que quieren una ley determinada para garantizar ciertos derechos o cláusulas contractuales específicas, necesariamente van a asegurarse que cualquier litigio vaya a parar a un tribunal cuyo sistema de conflictos respete dicha elección. Por ello no sólo ambos temas están indisolublemente unidos sino que la elección de juez se transforma en la manera más directa de eludir la prohibición de elección de ley establecida en los poquísimos sistemas no autonomistas vigentes en el mundo, llegando en determinados casos por esa vía a eludir además las disposiciones de orden público de la legislación del lugar donde el contrato se ejecuta. Claro que si esto es así la decisión que adopte el juez extranjero no tendrá efectos en el país cuya jurisdicción se ha evitado.

5. Autonomía en la elección del derecho aplicable

A) Perspectiva general

1066. Parece muy razonable, como antes apuntamos, que la autonomía en la elección del derecho aplicable asegura certeza a las transacciones comerciales y libera a las partes de su incerteza respecto a la ley que regula su contrato. Así se expresan casi todos los autores. Claro que eso no implica desconocer que en la medida en que la elección de la ley no vaya acompañada de la elección de la jurisdicción en la que se va a litigar, la previsibilidad del resultado no queda totalmente asegurada; aun en un foro previsible, existen numerosos factores de incerteza, uno de los cuales es la aplicación de la *lex fori* por razones de orden público (Kahn Freund). Otras razones son por ejemplo la invalidez de la cláusula de elección de la ley por vicio del consentimiento, la aplicación de las normas imperativas de policía del foro, o de aplicación inmediata, dejando de lado el derecho elegido por las partes, falta de contactos mínimos del contrato con el derecho elegido, falta de razonabilidad en la elección, imposición abusiva, etc. Es decir, pueden existir toda una serie de situaciones patológicas que impidan lo que en principio sería obvio: que si dos partes se ponen de acuerdo en que el derecho aplicable será el de tal país, la certeza es tanta como la que existiría en un supuesto interno (en el cual también hay un margen insuperable de incerteza, por cierto; no en vano los litigantes avezados suelen esperar el turno del juez más favorable a determinados postulados).

El argumento de que la autonomía de la voluntad proporciona seguridad, certeza y previsibilidad parece implicar, como presupuesto necesario, el hecho de que todos los sistemas jurídicos admitan la autonomía en las mismas condiciones. Lograr esta unanimidad resultaría tan difícil como alcanzar el ideal *savignyano* de que todos los sistemas elijan la misma conexión, en la especie, el lugar de cumplimiento del contrato, por ejemplo. Así, se ha expresado que en tanto existan Estados con distintos sistemas jurídicos, la necesidad de certeza no puede alegarse exclusivamente en favor de la autonomía de la voluntad; y que, en todo caso, podría sostenerse con igual legitimidad la necesidad de que todos los Estados adopten el mismo punto de conexión, negando libertad a las

partes, para alcanzar la referida certeza (ver al respecto la jurisprudencia citada en Cap. 30). Siendo este argumento formalmente válido (es obvio que cada Estado puede tener el sistema de DIPr que mejor le parezca, con conexiones rígidas o flexibles, con o sin autonomía de la voluntad, etc.), no tiene en cuenta un elemento importante: la autonomía de la voluntad se ejerce frente a un caso concreto, en el cual las partes conocen cuáles son las circunstancias y los intereses existentes; la norma rígida opera, como dijimos, para todos los casos que puedan darse en el futuro, cualquiera sea su configuración. Pero es indudable que, al menos en principio, provoca tanta certeza que la regla aplicable sea indefectiblemente la del lugar de cumplimiento del contrato como que las partes elijan un derecho determinado.

1067. Vale la pena insistir en que cuando se habla de conceptos tales como certeza y previsibilidad, se debe ser conciente de la relatividad que encierran. Y repetimos: el mismo caso planteado ante jueces de un mismo país, de una misma demarcación, con exactamente las mismas reglas aplicables, puede recibir soluciones divergentes. Basta con contemplar lo que miles de veces ha sucedido en todos los países cuando un caso (interno o internacional) es resuelto de forma diferente por cada una de las instancias. Esa es una incerteza que es consustancial al derecho, que tiene mucho que ver con las diversas interpretaciones que caben de los distintos preceptos, y que es mucho mayor, por definición, en los casos vinculados con distintos ordenamientos.

Es verdad, no obstante, que los argumentos a favor de la certeza y previsibilidad (como cualquier otro argumento usado en materia jurídica) son rápidamente olvidados cuando se quiere obtener determinado resultado. Así, durante la discusión de la Convención de México de 1994 (CIDIP V) luego de admitida la autonomía de la voluntad como regla de base (art. 7), fue necesario definir la "ley aplicable a falta de elección válida". La delegación de Estados Unidos se opuso (y la mayoría de las otras delegaciones apoyó su postura) al texto original del anteproyecto Siqueiros, adoptado en la reunión de expertos de Tucson, que establecía como presunción número uno de cuál era el derecho del Estado con el cual el contrato tenía los vínculos más estrechos, aquél donde la parte debía cumplir la prestación característica (art. 10.2 del Proyec-

to de Tucson). Los argumentos respecto a los beneficios de la previsibilidad fueron rápidamente olvidados ante un punto de conexión de indudable certeza, pero que nos hubiera llevado a la ley del país del lugar de ejecución del contrato.

B) Autonomía conflictual y autonomía material

1068. La autonomía conflictual es la facultad que el legislador (nacional o internacional) puede otorgar o no a las partes, de elegir el derecho aplicable al contrato internacional, a través del método conflictualista, indirecto o de elección. Esta eventual autorización legislativa implica la no aplicación del derecho material remitido por las normas de conflicto del juez, sino del derecho material que elijan las partes. La referida facultad puede ser otorgada expresamente por el legislador, y se inscribe necesariamente dentro de un determinado marco jurídico regulador de la misma. Será el legislador también quien determinará en qué condiciones debe concretarse dicha elección: si debe ser expresa o si puede ser tácita, etc. La autonomía conflictual opera exclusivamente con relación a los contratos internacionales. No existe un concepto unívoco de contrato internacional; en principio son aquellos que se vinculan a más de un orden jurídico, pero su calificación varía en las distintas fuentes normativas, y algunas no especifican los criterios para su determinación. Así por ejemplo, conforme al art. 1 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, la sola voluntad de las partes no es suficiente para internacionalizar un contrato, ya que exige que la internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diferentes. La Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de 1980, en cambio, en su art. 1 establece que la Convención es aplicable "en las situaciones que entrañen conflicto de leyes", admitiendo que la sola voluntad de las partes internacionalice un contrato nacional.

Goldschmidt sostiene que un contrato es internacional "si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero". Y agrega que "la autonomía de las partes supone que el contrato tenga un elemento extranjero real, o sea, no fraudulentamente establecido". La elección

del derecho aplicable al contrato es a su vez un contrato, que puede documentarse en una cláusula del mismo contrato principal, o en forma separada, incluso con posterioridad al contrato principal. Dicha elección puede no haber sido válidamente consentida; es el caso en que ha existido coacción, abuso de posiciones dominantes, etc., lo que "ocurrirá con especial frecuencia con respecto a contratos de adhesión" (Goldschmidt).

1069. La autonomía material implica dar a las partes una libertad aún mayor. Es universalmente admitido que las partes pueden establecer el contenido material del contrato, a través de las cláusulas que ellas convengan, pero siempre dentro del marco del derecho material competente para regular dicho contrato (ese derecho competente será el elegido por el legislador a través de las normas de conflicto aplicables, o eventualmente por las propias partes, en caso que el legislador haya admitido la autonomía de la voluntad conflictual). Boggiano lleva la tesis de la autonomía a sus últimas consecuencias y agrega que las partes pueden además "excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él". O sea que no sólo pueden elegir el derecho, también pueden seleccionar algunas normas de ese derecho y resolver cuáles se aplican y cuáles no. Sólo estarían excluidas de esta posibilidad las normas de policía del DIPr del juez y de los Estados económicamente vinculados al contrato, y los principios de orden público internacional del juez. Según Boggiano "tal exclusión sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio". Agrega que si las partes no incluyen dichas "normas materiales" en su contrato, las normas coactivas del derecho material aplicable al mismo lo seguirán rigiendo. Y concluye que "no cabe una exclusión general de todas las normas coactivas del derecho privado aplicable. Por ello, esta autonomía es material, ya que el ejercicio de la facultad de excluir normas coactivas requiere la creación convencional de normas materiales aplicables con prescindencia de las coactivas opuestas". Gran parte de la doctrina no comparte este autonomismo a ultranza de Boggiano.

Boggiano funda su tesis en que si las partes pueden excluir el derecho designado por el legislador para regular el contrato a través de la autonomía conflictual, es decir, eligiendo otro derecho, lo cual implica ex-

cluir las normas coactivas del derecho privado elegido por el legislador, pueden también excluirlas parcialmente, a través de la autonomía material. Y por las mismas razones esta posibilidad se extiende a las normas coactivas del derecho por ellas elegido. Precisa que mediante la autonomía conflictual, las partes eligen un derecho aplicable, pero por la vía de la autonomía material, las partes no eligen un derecho aplicable tal cual ha sido estructurado, incluyendo sus normas coactivas, sino que crean la normativa sustancial, material, del contrato.

C) Condiciones y alcance de la autonomía conflictual

1070. La autonomía conflictual funciona dentro de determinado orden jurídico, a partir de una autorización del legislador nacional o internacional, que nunca es irrestricta, aunque no faltan adeptos a la idea del contrato sin ley. Se enmarca dentro de un sistema, con reglas generales y particulares, que constituyen límites y condiciones a la autonomía. En consecuencia, las condiciones y el alcance de la autonomía conflictual varía de un sistema jurídico a otro. La admisión o no de la autonomía conflictual, y en caso afirmativo, sus condiciones y alcance, dependerá del foro en que se presente la cuestión: las partes sólo podrán entonces ejercer su autonomía conflictual dentro de los límites que el DIPr del juez establezca, y éste siempre supone, expresa o tácitamente, que las partes se encuentran en situación de igualdad (Goldschmidt). Cada Estado establece restricciones y controles, en base a consideraciones teleológicas (Juenger), de políticas económicas, etc. Estas limitaciones pueden operar por una doble vía, legislativa y jurisprudencial, y responden a "los principios superiores a los intereses individuales (...), porque si bien el contrato es el reino de la libertad, lo es también del equilibrio y éste se logra limitando los posibles excesos" (Gastaldi).

Los límites específicos que impone el legislador son por ejemplo restringir la opción a determinados derechos (ley del domicilio de una de las partes, del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato), exigir que el derecho elegido tenga alguna conexión con el contrato, que las partes tengan un interés legítimo o razonable al hacer la elección de la ley reguladora del contrato, que exista una base razonable para la elección, etc. Claro que además de los límites y condiciones específicos que

cada legislador establezca con respecto a la autonomía de la voluntad, también operan los generales –normas o principios– de cada orden jurídico, fundamentalmente las normas imperativas, el orden público, las políticas fundamentales, la buena fe, la no imposición abusiva desde posiciones dominantes, la protección de la parte débil, etc. Por ejemplo la condición de que el consentimiento para ser válido debe ser libre, constituye en la mayoría de los Estados, y sin duda en los países de la región, un principio fundamental de orden público internacional, más allá de que se encuentre plasmado o no en una norma positiva. Y es por eso que una cláusula de elección de ley, juez o tribunal arbitral, incluida en condiciones generales impresas, unilateralmente establecida en un contrato de adhesión, no es en principio válida. Así lo ha entendido la jurisprudencia uruguaya (ej.: Sentencia N° 147, 24/5/1988, en *RTYS*, N° 2, 1989, caso N° 19, p. 47, donde el Dr. Almirati sostuvo: "(...) en tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente identificado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan.").

1071. Todo este marco regulador y limitativo de la autonomía conflictual es imposible de evitar y resulta irrenunciable incluso para los sistemas que se precian de su defensa del autonomismo a ultranza. Sin este marco limitativo mínimo, la autonomía sería imposible de aplicar con cierta razonabilidad y justicia. Pero dicho marco limitativo disminuye el beneficio de la previsibilidad y certeza, ya que ese complejo de limitaciones debe pasar por decisiones de los tribunales que son difíciles de prever. El sistema no autonomista, en cambio, da certeza y seguridad indiscutibles, aun cuando sus respuestas sean de una rigidez extrema.

Bibliografía complementaria

AGUIRRE RAMÍREZ, F., "Inoponibilidad de las estipulaciones de un conocimiento de embarque al importador que no las consintió, en la jurisprudencia internacional más reciente", *RTYS*, N° 11, 1998, pp. 170-189; ALFONSÍN, Q., *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Universidad de la República, 1950; ÁLVAREZ

GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992; ARAÚJO, N. de, *Contratos internacionais*, 2ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2000; BELANDRO, R. SANTOS, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, FCU, 1996; BOGGIANO, A., "International standard contracts. A comparative study", *Recueil des Cours*, 1981-I, pp. 9-114; BOGGIANO, A., *Contratos internacionales-International contracts*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1995; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "Relaciones privadas internacionales en la UE y en el MERCOSUR", en *Direito da integraçao: estudos em homenagem a Werter R. Faria*, Curitiba, Juruá, 2001, págs. 251-295; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991; MOHORADE, A., "Cláusula de ley y práctica inglesas", *RTYS*, Nº 5, 1992, pp. 152-156; MOSSET ITURRASPE, J., *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994; NAJURIETA, M.S., "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", *LL*, 1986-A-1006; NYGH, P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999; OPERTTI, D./ FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *Contratos comerciales internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997; RODAS, J.G. (ed.), *Contratos internacionais*, 2ª ed., San Pablo, *Rev. dos Trib.*, 1995; MAC LEAN, R., *El derecho del comercio internacional*, Colombia, Temis, 1982; STIGLITZ, R.S. / STIGLITZ, G.A., *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.

Capítulo 25

Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños

María Blanca Noodt Taquela

I. Reglamentación convencional "universal"

1. Normas de jurisdicción internacional en el proyecto de Convención de La Haya sobre jurisdicción y reconocimiento.

1072. La Conferencia de La Haya de DIPr ha estado trabajando varios años en un proyecto de Convención sobre jurisdicción y reconocimiento de sentencias. Posteriormente se divulgó un nuevo Proyecto provisorio de 20/6/2001 y se desconoce a fines de 2002 la fecha en que la Conferencia diplomática discutirá finalmente la Convención. Si finalmente logra aprobarse, se trataría del primer instrumento en el ámbito universal que aborda en forma general la jurisdicción internacional y el reconocimiento de sentencias. Aunque sus soluciones siguen abiertas, pueden hacerse algunos comentarios sobre ciertos puntos concretos del texto sobre el que se está trabajando, especialmente por el impacto que podría llegar a tener en los litigios referidos a la contratación internacional.

La futura Convención no impide que los Estados parte asuman jurisdicción en virtud de sus propias normas nacionales de jurisdicción (art. 17), salvo que se trate de los supuestos de jurisdicción prohibidos por la Convención. Están prohibidos, por considerarse exorbitantes (art. 18), la jurisdicción basada exclusivamente en la nacionalidad del actor o del demandado, en la existencia de bienes o el embargo de bienes del demandado, en el domicilio o la residencia del actor, en la realización de actividades comerciales, salvo cuando la controversia está directamente relacionada con esas actividades, en el hecho de haberse notificado la demanda, en la elección unilateral del tribunal por el actor, en la residen-

cia temporaria del demandado y en el lugar de suscripción del contrato del que se deriva la controversia.

Se autorizan los pactos de jurisdicción (lo que confirma la tendencia universal hacia esta solución), con amplitud en cuanto a la forma del acuerdo y se señala expresamente el carácter exclusivo de la jurisdicción pactada (art. 4). Se contempla también la sumisión tácita por comparecer el demandado ante el tribunal sin cuestionar la jurisdicción, salvo que se trate de un supuesto de jurisdicción exclusiva (art. 5). En defecto de autonomía de la voluntad, el principio general para determinar la jurisdicción es la residencia habitual del demandado, que en caso de personas jurídicas se califica indistintamente como la sede estatutaria, el lugar de incorporación, la administración central y el establecimiento principal (art. 3). Cuando la controversia está relacionada directamente con la actividad de una sucursal, agencia o establecimiento, la acción puede iniciarse también ante los tribunales del Estado donde están situados la sucursal, agencia o establecimiento (art. 9).

Cuando existen varios demandados con residencia habitual en distintos Estados, para que exista jurisdicción respecto a aquellos que no tienen residencia habitual en el Estado donde se promueve la demanda, es necesario que los reclamos estén conectados estrechamente, de modo que si no se resolvieran conjuntamente habría serio riesgo de dictar sentencias contradictorias. De lo contrario, será preciso que el demandado que no tenga residencia habitual en el Estado donde se promueve la demanda, tenga una conexión esencial con ese Estado (art. 14). La reconvención puede plantearse ante el tribunal que entiende en la acción principal, si la reconvención está basada en el mismo contrato o situación (art. 15). También se establecen condiciones para que exista jurisdicción en las acciones que promueva el demandado contra un tercero contra el cual pueda reembolsarse o que deba indemnizarlo como consecuencia del proceso principal (art. 16).

1073. Las acciones derivadas de contratos pueden iniciarse también ante los tribunales del Estado donde los bienes fueron suministrados en todo o en parte o donde los servicios fueron prestados en todo o en parte. Si se trata de contratos referidos a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, la acción puede iniciarse ante los tribunales del Estado

donde se cumple en todo o en parte la obligación principal (art. 6). Como puede advertirse, este criterio atributivo se aparta del establecido en las Convenciones de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 y del Protocolo de Buenos Aires de 1994, que otorgan jurisdicción a los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, solución que ha causado innumerables problemas de interpretación en los tribunales europeos. La norma propuesta para la futura Convención de La Haya hace coincidir –en principio– la jurisdicción con la ley aplicable, ya que se toma la prestación característica. Este criterio atributivo tiene la ventaja de que la jurisdicción no depende de cuál de las partes inicie el juicio, como sucede con el lugar de cumplimiento de la prestación reclamada en el juicio o incluso con el domicilio o la residencia habitual del demandado, por lo que puede ser previsto y conocido antes que se suscite la controversia entre las partes. Cabe hacer notar que en materia contractual no existen supuestos de jurisdicción exclusiva (art. 12), salvo el caso de la jurisdicción pactada de común acuerdo que, al impedir el planteamiento del caso ante cualquier otro tribunal distinto del previsto, puede considerarse en este sentido como exclusiva.

1074. Los contratos con consumidores tienen reglas especiales (art. 7); el principio general es otorgar jurisdicción a los jueces del Estado de la residencia habitual del consumidor, con ciertas condiciones. El pacto de jurisdicción sólo se permite si se acuerda con posterioridad a la aparición del conflicto o si autoriza al consumidor a iniciar las acciones en otros Estados de los que tienen jurisdicción.

También los contratos de trabajo se someten a reglas especiales de jurisdicción (art. 8); la acción debe promoverse ante los tribunales del Estado donde el trabajador realiza su trabajo y si éste se efectúa en más de un Estado, en el lugar donde está situado el establecimiento que contrató al trabajador. Si la demanda es promovida por el empleador, puede elegir también demandar ante los tribunales del Estado donde el trabajador tiene su residencia habitual. El pacto de jurisdicción sólo se permite si se acuerda con posterioridad a la aparición del conflicto o si autoriza al trabajador a iniciar las acciones en Estados diferentes de los que tienen jurisdicción atribuida por la Convención (art. 8).

1075. Está prevista la suspensión del proceso en caso de litispendencia, sujeta, entre otras condiciones, a que la sentencia que haya de dictar el tribunal que intervino en primer lugar sea susceptible de ser reconocida ante el tribunal que entendió en segundo término (art. 21).

Se permite también el *forum non conveniens*, es decir declinar la jurisdicción en circunstancias excepcionales, si el tribunal es claramente inapropiado para entender en la causa y el tribunal de otro Estado tiene jurisdicción y es claramente más apropiado para resolver la controversia (art. 22). Antes de declinar la jurisdicción, el tribunal debe suspender el proceso hasta que el tribunal que se entiende más conveniente para resolver la cuestión, asuma jurisdicción o transcurra el plazo fijado para que el actor inicie la acción en el otro Estado.

2. Normas de derecho aplicable en las convenciones internacionales

A) Convenciones de normas materiales

1076. No existe un tratado de normas materiales referido a los contratos internacionales en general, pero se han aprobado varias convenciones que unifican algunos contratos en particular. Los Principios de UNIDROIT de 1994 sobre los contratos comerciales internacionales, referidos sí a los aspectos generales de los contratos, son un ordenamiento privado que adopta otro método de unificación del derecho y que fundamentalmente tienen aplicación por autonomía material de las partes (ver Cap. 24.II.3).

En lo que respecta a contratos específicos, indudablemente uno de los más significativos es el caso de la compraventa, que se encuentra regulada a través de normas materiales en tres tratados internacionales: la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Nueva York de 1974 sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías y el Protocolo de Viena de 1980 por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (ver Cap. 26.II).

También se han aprobado bajo los auspicios de UNIDROIT, la Convención sobre *leasing* internacional y la Convención sobre *factoring* internacional, firmadas ambas en Ottawa el 28 de mayo de 1988 (ver Cap. 26.VII), así como la Convención relativa a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmada en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (ver Cap. 26.VI.3). UNCITRAL ha elaborado la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente, suscripta en Nueva York el 11 de diciembre de 1995 (ver cap. 26.V.2). En el año 2001 también la UNCITRAL ha aprobado la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre).

1077. Han sido materia especialmente apropiada para la unificación a través de normas materiales, los contratos de transporte marítimo y aéreo. Referidos a transporte marítimo, existen varios tratados internacionales: la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, firmada en Bruselas en 1924 y sus Protocolos de 1968 y 1979; el Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, firmado en Atenas en 1974 y su Protocolo firmado en Londres, en 1976; la Convención de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, hecho en Hamburgo en 1978 (conocida como las "Reglas de Hamburgo" –ver Cap. 30.III.1.A–).

El transporte aéreo está regulado por la Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, hecha en Varsovia en 1929 y sus Protocolos de La Haya de 1955, de Guadalajara de 1961, de Guatemala de 1971 y de Montreal de 1975. Finalmente, el 28 de mayo de 1999 se aprobó en Montreal una nueva Convención que moderniza el sistema de Varsovia e intenta unificar todos estos regímenes (ver cap. 30.IV).

1078. Pero, más allá de enumerar los textos que han elegido la metodología directa para regular los contratos internacionales, lo que indudablemente importa recordar en este punto es que estos textos que contienen exclusiva o principalmente normas materiales de DIPr, descartan en principio (al menos, respecto de las cuestiones reguladas en ellos) el recurso al método de localización. En efecto, si ya tenemos la respuesta

material aplicable, la localización, cuya finalidad es encontrar dicha respuesta de fondo, pierde sentido. Vale la pena mencionar también que estas normas materiales previstas en convenios internacionales son cabalmente internacionales, ya que no sólo están previstas para casos cuyos elementos se vinculan con distintos países, sino que además son elaboradas en el ámbito internacional. En este sentido, serían las normas de DIPr más perfectas, aquéllas por las que abogaba Quintín Alfonsín a mediados del siglo XX.

B) Convenciones de normas indirectas

1079. Tanto los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, como el Código Bustamante de 1928, contienen normas de conflicto referidas a los contratos internacionales. Otros tratados internacionales que regulan la ley aplicable a los contratos internacionales, o a algún contrato en particular, son la Convención de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, que no se encuentra vigente en ninguno de los países del MERCOSUR; la Convención de La Haya de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que ha sido ratificada por Argentina, pero no ha entrado en vigencia al 1°/12/2002 por falta de ratificaciones, la Convención de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, que ha sido ratificada solamente por Argentina entre los países del MERCOSUR a la fecha mencionada. Las Convenciones de 1978 y de 1986 tienen carácter universal por lo que los países ratificantes han de aplicarlas a los casos relacionados con otros países del MERCOSUR, aun cuando no sean parte en estas convenciones (arts. 4 y 6).

C) Regulación de la contratación electrónica

1080. No podemos soslayar los adelantos logrados en pocos años en la regulación de la contratación electrónica. El impacto que han provocado los avances tecnológicos en materia de comunicaciones ha revolucionado las técnicas de perfeccionamiento o conclusión de los contratos de tal modo, que urgía proporcionar un marco legal que garantice la cer-

teza jurídica de la contratación por medios electrónicos, que día a día se hace más habitual. Las viejas categorías de contratos entre presentes y contratos entre ausentes han dejado de tener sentido hoy, porque los medios electrónicos permiten una comunicación instantánea entre personas que no se encuentran físicamente en el mismo lugar.

La ausencia de un régimen legal general del comercio electrónico en los países del MERCOSUR, y la existencia de legislaciones vigentes en la mayoría de los países del mundo que exigen el empleo de documentos "escritos", "originales", o "firmados", pueden entenderse como restricciones al empleo de los modernos medios de comunicación o en el mejor de los casos interpretarse como una laguna, que genera una falta de certeza en cuanto a los efectos jurídicos de las transmisiones electrónicas, y esta inseguridad jurídica conduce a que quienes utilizan los medios electrónicos puedan verse expuestos a dificultades probatorias y a planteos de falta de validez de los contratos celebrados. Las escasas normas sancionadas en la región no contienen una regulación integral del comercio electrónico, como la Ley argentina N° 25.506 de firma digital, del 14/11/2002 (*BO* 14/12/2001), reglamentada por Decreto N° 2628/2002, del 19/12/2002 (*BO* 20/12/2002), o en forma más particular el Decreto argentino N° 427/1998, del 16/4/1998, que introdujo la utilización de la firma digital en la administración pública.

1081. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, aprobada el 16 de diciembre de 1996, es un instrumento de unificación del derecho del comercio internacional que aporta soluciones apropiadas que pueden ser utilizadas por los Estados que deseen sancionar una legislación sobre la materia, a través de un sistema flexible o de *soft law* para lograr sus objetivos como ha hecho Colombia, al sancionar la Ley N° 527/1999, del 18/8/1999. La Ley Modelo se aplica a las técnicas más modernas de comunicación, tales como el "intercambio electrónico de datos" (*electronic data interchange* o EDI) y el correo electrónico, pero los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax.

La Ley Modelo está dividida en dos partes, la primera regula el comercio electrónico en general y la segunda el empleo de ese comercio en el transporte de mercancías. En la primera parte (arts. 1 a 15), determi-

na su ámbito de aplicación (art. 1), contiene definiciones (art. 2), los criterios de interpretación (art. 3), las normas que tienen carácter imperativo –las de los arts. 5 a 10– y las que pueden ser modificadas por acuerdo de las partes –las de los arts. 11 a 15– (art. 4). Sienta el principio fundamental de que no pueden negarse efectos jurídicos o validez a la información transmitida por vía electrónica, por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos (art. 5) y otorga validez a los contratos (art. 11.1) y a las declaraciones unilaterales (art. 12) realizadas de esta forma, salvo que las partes convengan lo contrario (art. 11.1).

El criterio que adopta la Ley Modelo es el del "equivalente funcional", basado en un análisis de los objetivos y las funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel, con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, el documento papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. La Ley Modelo considera cumplidos estos objetivos y funciones del documento escrito, cuando la información contenida en un mensaje de datos es accesible para su ulterior consulta (art. 6).

El requisito de la firma de una persona se considera cumplido –equivalente funcional– cuando el método utilizado permite identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información contenida en el mensaje (art. 7.a). El art. 5 bis, aprobado en junio de 1998, se refiere a las condiciones contractuales que no figuran en el mensaje de datos, sino que quedan incorporadas por remisión a otro documento, por ejemplo, a través de enlaces y vínculos en Internet. Se establecen también las condiciones para que los mensajes de datos gocen de fuerza probatoria (art. 9) y puedan ser conservados en los registros (art. 10). Estas disposiciones del capítulo II (arts. 5 a 10) que tienen carácter imperativo, pueden concebirse como nuevas normas que complementan el régimen tradicional de la forma de los actos jurídicos.

Las partes gozan de libertad para modificar las normas referidas a la validez del contrato cuando su formación se realiza por vía electrónica (art. 11), como de las declaraciones unilaterales cursadas por comunicación electrónica (art. 12), por ejemplo, la notificación de algún defecto en las mercaderías, una oferta de pago, el reconocimiento de una deuda. También prima la autonomía de la voluntad de las partes, respecto de los requisitos para que el mensaje sea atribuido a quien lo ha emitido o iniciado, es decir la autenticidad del mensaje (art. 13), los efectos del acuse de recibo (art. 14) y al tiempo y lugar en que se consideran enviados y recibidos los mensajes (art. 15). La Ley Modelo no agota el tema del comercio electrónico, por ejemplo no reguló la firma digital, tema sobre el cual UNCITRAL continuó realizando trabajos hasta la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre firma electrónica de 2001.

1082. El Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998, elevado al Congreso de la Nación, contempla el tema en forma escueta en el art. 266 que expresa: "en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla; y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento" y contiene referencias a los medios electrónicos en los arts. 277, 295, 311 y 1320.

El Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR y el Acuerdo paralelo entre los países del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de 1998, lamentablemente han seguido un camino poco apropiado en lo que respecta a la contratación electrónica. Al regular la forma del acuerdo arbitral, convención arbitral o cláusula compromisoria, los Acuerdos del MERCOSUR permiten que se realice a través de intercambio de comunicaciones por correo electrónico u otros medios equivalentes, pero exigen que la comunicación sea confirmada por "documento original" (art. 6.3), es decir condenan al acuerdo arbitral celebrado por medios electrónicos al soporte papel (ver Cap. 4.IV).

1083. La CCI, por su parte, ha trabajado en el Proyecto de comercio electrónico y elaborado las Reglas uniformes y líneas de conducta para el comercio electrónico, que se denominan URGETS (*Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement*), aprobadas el 7 de junio

de 2000. Las Reglas están elaboradas para brindar un marco coherente a las contrataciones entre empresas a través de mensajes electrónicos y no se aplican a los contratos celebrados por particulares para usos personales, es decir quedan al margen de estos usos los contratos con consumidores. Como todas las regulaciones de CCI, los URGETS se aplican por autonomía de la voluntad de las partes. Las Reglas contienen numerosas definiciones y establecen como ley aplicable, en defecto de elección de las partes, la del establecimiento del proveedor de bienes o servicios.

II. Dimensión convencional americana tradicional

1. Tratados de Montevideo

1084. La jurisdicción internacional en materia contractual está regulada por el art. 56 de ambos TMDCI que se refieren a la jurisdicción en materia de acciones personales, dentro de las cuales están comprendidas las derivadas de contratos, y por el art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. En esta materia el MERCOSUR ha elaborado el Protocolo de Buenos Aires de 1994, sobre jurisdicción internacional en materia contractual, pero la inexplicable falta de ratificación hasta el 1°/12/2002 por parte de Uruguay, hacen aplicables en las relaciones de ese país con Argentina y Paraguay las normas de jurisdicción internacional del TMDCI 1940. En las materias que no estén excepcionadas por la existencia de otros textos internacionales, el TMDCI de 1940 (arts. 36 a 42) se aplica a los casos conectados entre Argentina, Paraguay y Uruguay; el TMDCI de 1889 (arts. 32 a 37) se aplica a los casos que vinculan a Bolivia, Colombia o Perú con Argentina, Paraguay o Uruguay.

El art. 5 del Protocolo Adicional al TM de 1940, impide pactar la jurisdicción, pero la autonomía de la voluntad tiene posibilidad de ejercerse si el derecho aplicable a la relación jurídica de que se trate, por remisión de la norma de conflicto y por tanto "ley competente", autoriza a las partes a elegir un tribunal arbitral o estatal diferente al previsto en el art. 56 TMDCI 1940 (Alfonsín, Fresnedo, Herbert).

Los criterios atributivos de jurisdicción internacional en materia de contratos son el principio del paralelismo y el domicilio del demandado.

Ambos Tratados de 1889 y de 1940 (art. 56 TMDCI) atribuyen jurisdicción internacional a los jueces del Estado cuya ley resulta aplicable a la relación jurídica –principio del paralelismo– o a los jueces del domicilio del demandado, a elección del actor. Es necesario entonces determinar la ley aplicable a la relación jurídica para conocer el juez competente. La ley aplicable a los contratos es en primer lugar el lugar de cumplimiento (art. 37 TMDCI 1940) y subsidiariamente el lugar de celebración del contrato (art. 40 TMDCI 1940).

El TMDCI 1940 permite la prórroga *post-litem* o sumisión tácita, que requiere la presentación en el juicio del demandado, sin cuestionar la jurisdicción (art. 56, último párrafo del TMDCI de 1940). En casos de rebeldía, no hay prórroga de jurisdicción, ya que el Tratado dispone: "la voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta".

1085. La ley aplicable a los contratos internacionales está regulada en forma general en los TMDCI de 1889 y de 1940, sin distinguir distintos tipos de contratos. Algunos pocos contratos en particular tienen normas específicas en los Tratados de derecho comercial. El TMDComTI de 1940 contiene normas en materia de seguros terrestres (art. 12), transporte terrestre (arts. 14 a 18), prenda con registro (arts. 19 a 22). A su vez el TMDNComI de 1940, regula el contrato de ajuste (art. 20), los contratos de fletamento y de transporte marítimo, de mercaderías y de personas (arts. 25 y 26), de seguros marítimos (art. 28) y de préstamo a la gruesa (art. 32).

1086. Los TM de 1940 rechazan en forma expresa la autonomía de la voluntad, siguiendo la propuesta del delegado uruguayo Vargas Guillemette. El art. 5 del Protocolo adicional antes mencionado dispone: "(...) la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley". La frase final "salvo en la medida en que lo autorice dicha ley", significa que si el derecho nacional que resulta aplica por remisión de la norma de conflicto del TM y por tanto "ley competente" para regular la relación de que se trate, autoriza a las partes a elegir la ley aplicable al caso, éstas podrán hacerlo, aunque sólo "en la medida en que lo autorice dicha ley". Por lo tanto, si el DIPr autónomo del país cuya ley re-

sultaría aplicable al contrato internacional, acepta la autonomía de la voluntad, es válida la elección de otro derecho efectuada por las partes (Goldschmidt, Boggiano, Alfonsín, Fresnedo, Opertti, Fernández Arroyo).

Si un contrato celebrado entre una empresa uruguaya y otra argentina tiene lugar de cumplimiento en Argentina, la cláusula de elección del derecho uruguayo o de un tercer país es válida, pues la ley argentina aplicable, por ser el lugar de cumplimiento (art. 37 del TMDCI 1940), acepta la autonomía de la voluntad. Si el contrato tiene lugar de cumplimiento en Uruguay, no es válido el pacto de ningún otro derecho.

El comentario de Alfonsín al art. 5 del Protocolo, constituye una opinión ineludible para la interpretación de esta norma:

> "(...) esta disposición también fue una solución de compromiso entre la opinión uruguaya, que deseaba proscribir por completo de los Tratados la autonomía de la voluntad de las partes como reguladora de la competencia de las judicaturas y del régimen de las relaciones extranacionales, y la opinión argentina, que deseaba implantarla. Este artículo (...) impuso a las partes la aplicación de las leyes señaladas por los Tratados para regular las relaciones, a menos que el Estado cuyo derecho fuera aplicable al caso poseyera una norma nacional de derecho privado internacional consagratoria de la autonomía mencionada; si así fuera, las partes podrían elegir la ley aplicable en la medida en que lo autorizara dicha norma".

Sólo como solución de compromiso puede entenderse esta suerte de reenvío de las normas convencionales a las de fuente interna, que es demostrativo de la falta real de acuerdo en el momento de la elaboración del Tratado, solución que se mantiene más de sesenta años después. Muchos autores opinan que las tendencias actuales del DIPr y fundamentalmente los cambios operados en el mundo en la última década, imponen la revisión del criterio plasmado en los TM 1940, revisión que en otros foros universales y regionales ya se ha efectuado. En particular, la prohibición no tiene ningún sentido en el ámbito integrado del MERCOSUR, que es donde se aplican los TM de 1940.

1087. Al no aceptarse la autonomía de la voluntad, el derecho aplicable al contrato debe ser determinado de acuerdo a las normas conte-

nidas en los arts. 36 a 42 del TMDCI de 1940. Los TM de 1889 y de 1940, adhirieron en forma muy clara a la ley del lugar de cumplimiento para regir los contratos internacionales, inspirándose en la doctrina de Savigny. El art. 37 del TMDCI 1940 indica en un tipo legal muy detallado, los distintos aspectos del contrato que se someten a la ley del lugar de cumplimiento, es decir se individualiza perfectamente el ámbito de la ley aplicable. De cualquier modo, el último inciso del art. 37 incluye "en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea". Se postula así la unidad en la ley aplicable, excepción hecha de las categorías referidas a la capacidad y representación de los contratantes y a la forma del contrato, lo que responde al método analítico-analógico, utilizado por el DIPr.

La mención a la existencia del contrato alude al consentimiento, salvo que se trate de contratos entre ausentes, en cuyo caso este aspecto queda regido por el art. 42 del Tratado. La alusión a la naturaleza del contrato encara el problema de las calificaciones, adoptando el criterio de la *lex civilis causae*, esto es, se califica si el acto constituye o no un contrato y en su caso de qué tipo, por la ley que será aplicable al contrato.

Para localizar el lugar de cumplimiento el art. 38 del Tratado contiene calificaciones autárquicas del punto de conexión lugar de cumplimiento:

– Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración (art. 38, primer párrafo).

– Los contratos que recaen sobre cosas determinadas por su género, se rigen por la ley del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados (art. 38, segundo párrafo).

– Los que versen sobre cosas fungibles, se rigen por la ley del domicilio del deudor (art. 38, tercer párrafo).

Se contemplan también los contratos que versen sobre prestación de servicios.

Si los servicios recaen sobre cosas, se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración (art. 38, cuarto párrafo, inc. a).

Si los servicios están relacionados con algún lugar especial, por la ley del lugar en donde hayan de producir sus efectos (art. 38, cuarto párrafo, inc. b).

En los demás casos, se aplica la ley del *domicilio* del deudor al tiempo de la celebración del contrato (art. 38, cuarto párrafo, inc. c).

Esta norma, casi idéntica al art. 34 del TMDCI de 1889, hace pensar que los redactores del Tratado de 1889 vislumbraron de algún modo la teoría de la prestación característica, elaborada mucho tiempo después por los tribunales suizos.

1088. La ley del lugar de celebración del contrato se aplica en forma subsidiaria para regir aquellos contratos cuyo lugar de cumplimiento no pueda ser determinado al momento de ser celebrados, según las reglas de los arts. 37 y 38 del Tratado (art. 40 TMDCI 1940). Esta norma residual se aplica, por ejemplo, al contrato de permuta, que en el Tratado de 1889 tenía una norma expresa (art. 35), que fue eliminada en 1940, ya que el supuesto queda incluido en el art. 40 del Tratado de 1940.

Los contratos accesorios se rigen por la ley aplicable al contrato principal (art. 41 del Tratado de 1940). Uno de los problemas que se presenta es determinar cuándo un contrato es accesorio. La ley aplicable al contrato es la que determina su naturaleza (art. 37 TMDCI 1940), pero utilizando entonces una calificación *lex civilis causae*, el problema de calificaciones no deja de ser complejo pues la cuestión puede ser encarada de distintos modos. Una posibilidad es calificar según la ley que rige el contrato principal, que de acuerdo al art. 41 rige también el contrato accesorio y si, según ese derecho, el contrato es accesorio, quedará sometido a la ley del contrato principal. Otra posibilidad es calificar según la ley del lugar de ejecución del contrato presuntamente accesorio, si esta ley lo considerara como un contrato independiente, esa será la ley aplicable; si esta ley lo califica como accesorio, correspondería aplicar la ley del contrato principal.

1089. ¿La fianza, por ejemplo, es un contrato accesorio que se rige por la ley aplicable a la obligación garantizada? El subcontrato, tan habitual en las grandes obras y en las construcciones en general, ¿es un contrato accesorio? ¿La garantía bancaria a primera demanda o independiente, podrá decirse que se trata de un contrato accesorio? Los criterios autárquicos de calificaciones, apoyados en el derecho comparado pueden ayudar a superar las dificultades en la calificación. Los usos in-

ternacionales, las opiniones doctrinarias y hoy la Convención de UNCITRAL sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente, de 1995, no otorgan carácter accesorio a estas garantías, como su propio nombre lo indica.

La regla del art. 41 del TMDCI de 1940 no parece muy apropiada para las modalidades actuales de contratación y los instrumentos más modernos en la materia, como el Convenio de Roma de 1980 o la Convención de México de 1994, no contienen normas equivalentes.

1090. Existe una norma expresa para solucionar el problema de la ley aplicable a la existencia de consentimiento, al que se alude como el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes. El art. 42 del Tratado de 1940 dispone: "la perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada". Esta norma debe ser aplicada a los contratos que se celebran por correspondencia, por fax, télex, por teléfono, por medios electrónicos o por cualquier otro medio en que las partes no estén presentes. Las normas de fondo internas difieren sobre el momento en que existe consentimiento, o que queda conluido el contrato. Ello trae consecuencias tales como la posibilidad de revocar una oferta o introducirle modificaciones, según que el contrato se encuentre o no concluido.

La ley del lugar de donde partió la oferta aceptada no rige el contrato en su totalidad, sino que se limita a indicar si existe contrato, si la respuesta de esa ley es afirmativa los demás aspectos del contrato se regirán por la ley del lugar de cumplimiento, como lo resolvió la CSJN argentina en el caso *"Lamas, Emilio C. c/ Banco Mercantil"*, 15/3/1968 (*ED*, 22-166).

El TMDCI de 1889 somete el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes a la ley del lugar del cual partió la oferta. El TMDCI de 1940 completó la norma, indicando que se trata de la oferta aceptada. Se evitan así las dificultades que pueden plantearse cuando una oferta es modificada por quien la recibe, modificación que puede ser considerada como una nueva oferta. El TMDCI de 1940 especifica que la oferta que debe tenerse en consideración no es la originaria, sino la que fue finalmente aceptada, esto es, la última que se remitió.

1091. La forma de los contratos no tiene una regulación idéntica en los TMDCI de 1889 y 1940. Ambos Tratados disponen que la imposición de una forma se rige por la ley aplicable a la sustancia del contrato, es decir, normalmente por la ley del lugar de cumplimiento (art. 36 TMDCI 1940 y art. 32 TMDCI 1889). Las diferencias aparecen en lo que se refiere a la reglamentación de las formas: el art. 39 TMDCI 1889 rige las formas de los instrumentos públicos por la ley del lugar de otorgamiento y la de los instrumentos privados por la ley del lugar de cumplimiento del contrato. Esto significa que los contratos que no deban realizarse por instrumento público, quedan regidos por la ley del lugar de cumplimiento tanto respecto a la imposición de una forma, como a su reglamentación. El TMDCI 1940 eliminó la distinción entre instrumentos públicos y privados al disponer que las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan (art. 36, segundo párrafo TMDCI 1940).

Aparecen así los tres aspectos de la forma de los actos jurídicos, que la doctrina acostumbra distinguir: la imposición de una forma, la reglamentación de la forma y la equivalencia de la forma (Goldschmidt). La tradicional regla *locus regit actum*, es decir la ley del lugar de otorgamiento o celebración del acto, rige la reglamentación de la forma que fue impuesta por la ley que rige los aspectos sustanciales del contrato (art. 36). Por último, es la misma ley que impone la forma la que debe calificar si la forma otorgada satisface la impuesta. Una cesión de crédito otorgada en Montevideo en instrumento privado, respecto de un crédito litigioso por alquileres adeudados en Argentina, fue considerada por la CSJN de Argentina en la sentencia *"Méndez Valles c/ A. M. Pescio"*, 26/12/1995 (*LL*, 1996-C-501), no válida por aplicación de las normas sobre formas del TMDCI 1940, que remitían en el caso al derecho argentino que exige escritura pública para la cesión de los derechos litigiosos.

2. Código Bustamante

1092. El Código Bustamante de 1928, vigente solamente en Brasil entre los miembros del MERCOSUR y también en los dos países asociados

Bolivia y Chile, trata de las obligaciones en general (arts. 164 a 174), de los contratos en general (arts. 175 a 186) y en forma particular de determinados contratos: compra-venta, cesión de crédito y permuta (arts. 194 y 195), arrendamiento, que incluye locación de servicios y contrato de trabajo (196 a 199), censo (200 a 203), préstamo (205), depósito (206), contratos aleatorios (207 a 209), transacciones y compromisos (210 y 211), fianza (212 y 213), prenda, hipoteca y anticresis (214), prescripción (227 a 231 y 295), contratos comerciales (244 a 246), comisión mercantil (254 a 255), depósito y préstamos mercantiles (256 a 258), transporte terrestre (259 y 260), contratos de seguro (261 a 262) y contratos especiales del comercio marítimo y aéreo (285 a 294).

El CB incluye entre los contratos el régimen de bienes del matrimonio (187 a 193), la sociedad (204), las compañías comerciales (247 a 253), la letra de cambio y efectos mercantiles (263 a 273), que por no considerarse materia contractual, estudiamos en los capítulos respectivos.

1093. En materia de contratos el CB adopta las siguientes reglas: la capacidad para prestar el consentimiento se rige por la ley personal de cada contratante (art. 176), que como hemos visto será la ley del domicilio o de la nacionalidad según la jurisdicción en que se plantee la cuestión (art. 7). En materia de formas, la imposición de determinadas formas como la escritura pública o documento público o la forma escrita, se somete acumulativamente a la ley del lugar de celebración y a la ley del lugar de ejecución del contrato (art. 180). Nada dice el CB sobre la reglamentación de las formas.

Los contratos se rigen por la ley personal común de los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración (art. 186). Esta norma subsidiaria somete a la ley del domicilio común o de la nacionalidad común de las partes y si la ley personal no fuera común, a la ley del lugar de celebración, los aspectos referidos a la validez intrínseca y los efectos de los contratos, incluso la interpretación de los mismos (art. 184), con las limitaciones que resultan de la aplicación de la ley territorial a los vicios de la voluntad (art. 177), a las prohibiciones en cuanto al objeto (art. 178) y del orden público internacional en lo que se refiera a la causa ilícita (art. 179). Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetan a la ley de que dependa la causa de nulidad (art. 183).

III. Las obligaciones contractuales en la CIDIP: Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994)

1. *Ámbito de aplicación*

1094. La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, CIDIP V, vigente solamente entre México y Venezuela, no ha sido aprobada al 1° de diciembre de 2002, por ninguno de los países del MERCOSUR ni asociados pero, como dice Fernández Arroyo, constituye un punto de referencia insoslayable en la construcción de cualquier discurso acerca del DIPr contractual americano.

La Convención regula solamente los contratos internacionales (art. 1.1). El contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte (art. 1.2). La Convención claramente impide que las partes a través de la autonomía de la voluntad internacionalicen un contrato cuyos elementos están todos conectados con un solo país, como ya se había resuelto en las Bases aprobadas en la CIDIP IV (Herbert). Algunos autores, cuya opinión compartimos, consideran que cualquier contacto con otro país es suficiente para internacionalizar el contrato, salvo que haya sido provocado por la autonomía de la voluntad de las partes (Opertti), en tanto otros exigen que el contacto extranjero coincida con puntos de conexión previstos por el legislador nacional (Dreyzin de Klor / Saracho).

1095. Los contratos en que sean parte Estados u organismos estatales, quedan regidos por la Convención, pero las partes en el contrato pueden excluirla expresamente (art. 1.3) y los Estados parte pueden reservar esta disposición, es decir declarar que la Convención no se aplicará a los contratos en que un Estado o un organismo estatal sea parte, o a alguna categoría de estos contratos (art. 1.3).

La Convención se aplica también a las nuevas modalidades de contratación, con las adaptaciones necesarias y posibles (art. 3). Por ejemplo, las declaraciones unilaterales de voluntad y otras formas de obligarse, a

través del intercambio electrónico de datos. Los Estados pueden excluir por declaración alguna clase de contratos, a fin de que la Convención no se les aplique (art. 1.4).

La Convención no se aplica a las cuestiones derivadas del estado civil y la capacidad de las partes, a las cuestiones de familia y sucesiones, a las obligaciones provenientes de títulos de crédito, a las provenientes de la comercialización de títulos en los mercados de valores, a los acuerdos de arbitraje o de elección de foro y a las cuestiones de derecho societario (art. 5).

Están excluidos los contratos con una regulación autónoma (art. 6), entre los que pueden mencionarse el transporte de mercaderías, los contratos concluidos por consumidores, los contratos relacionados con derechos reales inmobiliarios y los contratos laborales.

1096. La Convención contiene una norma que otorga aparentemente carácter universal a la misma: "el derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no parte" (art. 2), lo que ha llevado a varios autores a sostener que la Convención es universal. Sin embargo, como ha puesto de relieve Fernández Arroyo, esta norma debe ser interpretada conjuntamente con el art. 1.2 que al mismo tiempo que indica el ámbito espacial de aplicación, se refiere a la internacionalidad del contrato: para que la Convención se aplique es necesario que los establecimientos de las partes se encuentren ubicados en Estados ratificantes de la Convención o de lo contrario que el contrato tenga contactos objetivos con dos o más Estados ratificantes. Al exigirse que el contrato tenga contactos con más de un Estado parte (art. 1.2), la circunstancia de que el derecho aplicable pueda ser el de un Estado no parte (art. 2), no implica que la convención tenga carácter *erga omnes*, ya que no podrá ser aplicada por los Estados parte a los contratos vinculados con cualquier Estado, sino sólo a aquellos que tengan contactos con más de un Estado parte.

En definitiva, opinamos que a pesar de lo dispuesto en el art. 2, la Convención no tiene carácter universal, pues el art. 1.2 exige que sean ratificantes los Estados donde se encuentran los establecimientos de las partes o su residencia habitual o al menos dos de los países con los que el contrato tenga contactos objetivos.

1097. La entrada en vigencia de la Convención se produce el trigésimo día a partir del depósito del segundo instrumento de ratificación (art. 28), al igual que todas las convenciones interamericanas y se aplica a los contratos concluidos con posterioridad a su entrada en vigencia (art. 19).

La Convención contiene dos normas relativas a la relación con otras convenciones (arts. 6 y 20). El art. 6 se refiere a las convenciones sobre una categoría de contratos, que tienen preeminencia sobre la Convención de México, siempre que ambos Estados sean ratificantes de las dos convenciones. En cambio, cuando un solo Estado es parte en una convención sobre una categoría de contratos, la Convención de México no resuelve en forma expresa cuál de las convenciones se aplica. La cuestión se torna problemática si la convención especial tiene carácter universal, como sucede con la Convención de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, que al 1°/12/2002 ha sido ratificada solamente por Argentina entre los países del MERCOSUR, o la Convención de La Haya de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que si bien ha sido ratificada por Argentina, no se encuentra vigente a la fecha mencionada, por no haber reunido las cinco ratificaciones exigidas (art. 27).

Hay que tener en cuenta que el art. 6 no alude a convenciones de normas materiales, pues no cabe el conflicto entre una convención sobre derecho aplicable basada en el método de localización y otra que contiene normas materiales. Esta última, como antes señalamos, tendrá siempre preeminencia dentro de su ámbito de aplicación.

Las convenciones que se celebren en el marco de los procesos de integración, tendrán preferencia respecto del texto de la CIDIP, aunque uno solo de los Estados parte en CIDIP haya ratificado una convención de integración (art. 20). Queda abierta entonces la posibilidad de que en el MERCOSUR se elabore un acuerdo o protocolo que regule la ley aplicable a los contratos internacionales o a alguno de ellos, que tendrá preeminencia sobre la Convención interamericana (Opertti / Fresnedo).

2. Autonomía de la voluntad como regla de base

1098. La autonomía de la voluntad es la regla básica de la Convención, lo que constituye uno de sus aspectos más importantes, especial-

mente si se tiene en cuenta que los sistemas de DIPr del MERCOSUR carecen de una norma expresa que acepte la autonomía o como en el caso de Uruguay que la rechaza abiertamente. El principio está formulado en el art. 7.1: "el contrato se rige por el derecho elegido por las partes". No es necesario que la ley elegida tenga algún tipo de contacto con el contrato, por lo que las partes pueden adoptar un derecho neutral, que nada tenga que ver con el caso, solución improbable pero no imposible. La cuestión, pese a su importancia, ni siquiera fue debatida en la Conferencia.

La Convención utiliza la expresión "derecho elegido" o "derecho aplicable", en vez de "ley elegida", porque se dijo que "la ley" es sólo una fuente del derecho, por lo que es preferible referirse al "derecho". Asimismo, la Convención permite pactar normativas no estatales para regir el contrato, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Juenger, Pereznieto, Herbert).

1099. El derecho aplicable puede ser elegido en forma expresa o tácita (art. 7.1). Se requiere que la voluntad tácita se manifieste en forma evidente, es decir que no se trate de una voluntad presunta o supuesta por el juez. Pero se atemperó la redacción de los proyectos que requerían que el acuerdo se desprendiera en "forma inequívoca", porque cuando se exige una certeza absoluta sobre la voluntad tácita de las partes, no cabe la posibilidad de que los usos del comercio internacional incidan en la determinación de la ley aplicable.

De cualquier modo la Convención requiere que tanto las cláusulas contractuales, como la conducta de las partes, consideradas en su conjunto, demuestren la existencia del acuerdo de las partes sobre la ley elegida. No basta entonces un solo elemento para demostrar la elección: los actos y las cláusulas de las cuales se infiera la voluntad de las partes deben ser consideradas en forma global y la manifestación de voluntad debe surgir en forma evidente.

1100. El art. 7.2. dice que "la elección por las partes del tribunal competente, no importa necesariamente la elección por éstas del derecho aplicable", norma que ha sido interpretada en el sentido de que la sola circunstancia de haberse pactado la jurisdicción internacional no implica, de por sí, la elección de la ley aplicable (Fernández Arroyo, Opertti;

en contra, Juenger), pero cabe la posibilidad de tomar en consideración esta circunstancia como un elemento de juicio más que permita establecer la verdadera voluntad de las partes.

Es positiva la inclusión de una norma expresa que impide que el pacto de jurisdicción por sí solo pueda ser considerado como una forma tácita de elección de la ley aplicable, sobre todo teniendo en cuenta que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia han entendido que la elección del foro implica elección de la ley aplicable, especialmente en los países del *common law.*

Las partes pueden elegir diferentes derechos para regir distintos aspectos del contrato (art. 7.1), lo que se conoce como *dépeçage* o fraccionamiento voluntario, posibilidad apropiada para los contratos complejos (Carrascosa). La elección del derecho puede ser realizada en cualquier momento, ya sea al suscribir el contrato o posteriormente, incluso el derecho elegido puede ser cambiado por otro. En estos casos la modificación del derecho aplicable no afecta la validez formal del contrato, ni los derechos de terceros (art. 8).

3. Derecho aplicable en defecto de elección

1101. En ausencia de elección de las partes, el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos (art. 9.1). Se adopta así por primera vez en la esfera interamericana el sistema de conexión flexible o principio de proximidad, como criterio general para regir los contratos. La Convención no establece presunciones para determinar el derecho aplicable, ya que la delegación de Estados Unidos de América, apoyada por México y Brasil, se opuso a la inclusión de la doctrina de la prestación característica, la que sí aparecía como presunción para determinar los vínculos más estrechos en los proyectos Siqueiros y de Tucson. Por lo tanto la prestación característica fue eliminada de la Convención de CIDIP V, ya sea como criterio para determinar la ley aplicable al contrato, o como presunción de conexión más estrecha.

Como consecuencia de este rechazo, la cuestión fue discutida en un grupo de trabajo, que incorporó un texto que indica que:

> "(...) el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" (art. 9.2).

1102. La mayoría de los autores considera desafortunada la eliminación de la prestación característica, pues se trata de un criterio que goza de suficiente aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia de la gran mayoría de los países y que hasta ahora no ha sido suplantado por otro mejor (Fresnedo; en contra, Juenger). Las críticas que se formulan a la teoría, por su fracaso en la permuta, el *counter-trade* y en los contratos complejos, quedan superadas en nuestro modo de ver cuando se la utiliza como presunción de conexión más estrecha. Resulta entonces una pauta útil en muchos casos, sin obstaculizar la determinación de la ley aplicable en los casos en que la teoría no puede ser aplicada.

Si la presunción de la prestación característica se hubiera mantenido en la CIDIP V, habría constituido una pauta orientadora para jueces y partes, sin sujetarlos a una conexión rígida. Realmente parece ser una solución intermedia entre los criterios flexibles del derecho estadounidense y los puntos de conexión rígidos de la gran mayoría de los países latinoamericanos.

La supresión de la prestación característica del texto de la Convención, no impide que igualmente se la utilice al aplicar ésta, ya que la Convención no la ha sustituido por otras presunciones o por otro criterio orientador. Al quedar abierta la cuestión a la decisión judicial, se permite que el juez utilice el criterio que le parezca más apropiado. Para los países latinoamericanos con tradición de derecho continental, la introducción del principio de proximidad, sin la presunción de la prestación característica o de otras pautas orientadoras, ha suscitado ciertos reparos, por el temor a la inseguridad, como se puso de manifiesto en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado, realizadas en Rosario, Argentina, el 18 y 19 de noviembre de 1994, en las que la mayoría no quiso recomendar la ratificación de la Convención (Ciuro Caldani, Uzal).

1103. Con relación a la referencia del art. 9.2. a los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos in-

ternacionales, cabe preguntarse, ¿de qué modo la *lex mercatoria* puede orientar al juez para saber cuál es el derecho con el cual el contrato presenta las vinculaciones más estrechas? Para algunos autores se asistiría a una modificación trascendental de la actuación de la norma indirecta, si llegara a tener traducción práctica (Fernández Arroyo), mientras otros piensan que no tendrá mayor aplicación y que la inclusión no causará más efecto que el de una falta de sistematización dentro del texto de la Convención. Dicho de otro modo, la primera opinión se toma en serio lo que dice la Convención, mientras que la segunda pasa por no preocuparse por lo que dice el texto, total no se va a aplicar.

El juez puede aplicar en casos excepcionales más de una ley al contrato, lo que se denomina *dépeçage* legal, cuando una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado (art. 9.3). El fraccionamiento o *dépeçage* decidido por el juez no tiene la misma amplitud que el *dépeçage* convencional o voluntario, es decir, elegido por las partes.

1104. La Convención de México no queda encerrada en el conflictualismo puro y recoge el pluralismo metodológico, que responde a una realidad innegable del derecho del comercio internacional, al hacer referencia a otras fuentes normativas que rigen los contratos internacionales (art. 10). Están mencionadas las normas materiales uniformes contenidas en tratados internacionales y la *lex mercatoria*, al referirse a los usos y prácticas del comercio internacional y los principios del derecho comercial internacional. Pensamos que hubiera sido preferible que se indicara la preeminencia jerárquica de las normas materiales y de los usos del comercio internacional, con relación a la ley interna aplicable.

Las normas materiales uniformes se aplican con preferencia a la ley interna de un Estado que resulte aplicable al contrato, por lo que ésta rige solamente las cuestiones no resueltas por las normas materiales que fueran aplicables. Los usos y prácticas de la *lex mercatoria* tienen en general prevalencia sobre la ley interna aplicable. Los usos pueden incluso revestir una posición superior a las normas materiales, cuando los tratados que las contienen así lo disponen (art. 9.2 de la Convención de Viena de 1980). Por otra parte, los usos del comercio internacional pueden quedar incorporados al contrato por vía de la autonomía de la voluntad

material, pues es habitual que las partes se remitan a ellos (art. 1 de las Reglas y usos uniformes sobre crédito documentario, 1994, CCI, publicación 500; art. 9.1. de la Convención de Viena de 1980).

4. Aplicación de las normas de policía

1105. La Convención contempla tanto las normas de policía del foro, que deben ser aplicadas obligatoriamente por el juez, como las normas de policía extranjeras, pertenecientes a otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos, que el juez está facultado a aplicar (art. 11). Es adecuado que se hayan contemplado tanto las normas de policía del juez, como las extranjeras y se les haya dado un tratamiento diferente: necesario o facultativo, que es el mismo que realiza el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de 1980 (art. 7), otros tratados internacionales y legislaciones extranjeras, ya que las normas de policía o normas imperativas de DIPr o normas de aplicación inmediata o necesaria constituyen un importante límite a la autonomía de la voluntad y también al derecho aplicable en ausencia de elección.

El orden público internacional está tratado por separado de las normas de policía (art. 18). La norma exige que el derecho que se excluya por este motivo sea "manifiestamente contrario" al orden público del foro y si bien no se mencionan los "principios" de orden público, como se hace en el art. 5 de la Convención interamericana de normas generales (CIDIP II), es indudable que la interpretación debe realizarse en el mismo sentido que ésta, especialmente en los países del MERCOSUR que son todos ratificantes de la misma.

5. Ámbito de la ley rectora del contrato

1106. En términos generales, el ámbito de aplicación propio del derecho que rige el contrato internacional, está referido a la existencia y validez del contrato y a sus efectos entre partes (arts. 12 y 14 de la Convención). La existencia y validez sustancial del contrato están reguladas en el art. 12, junto con los problemas referidos a la validez del consentimiento

sobre la elección de la ley aplicable. La existencia del contrato se refiere al consentimiento de las partes, que en otros tratados se denomina "formación" del contrato (Convención de Viena de 1980: art. 4 y parte II) o "perfección" del contrato (TMDCI de 1889 y 1940: arts. 37 y 42, respectivamente). La validez intrínseca depende de la inexistencia de vicios que afecten el consentimiento y de prohibiciones legales con relación al objeto del contrato. Hay que interpretar que el art. 12 se refiere exclusivamente a la validez intrínseca, pues la validez formal está regulada en el art. 13.

Ambas cuestiones –existencia y validez– se someten al derecho aplicable al contrato, ya sea el elegido por las partes (art. 7) o el que resulte aplicable por presentar los vínculos más estrechos (art. 9). Es conveniente que una norma expresa así lo resuelva, porque de lo contrario, si se discute la existencia del contrato, puede dudarse sobre la aplicación de la ley que rige el contrato, precisamente porque todavía no se ha determinado si existe el contrato y se caería en un círculo vicioso. Sin embargo, la inexistencia del consentimiento de una de las partes queda regida por el derecho de su residencia habitual o establecimiento, cuando se trata de establecer que esa parte no ha prestado su consentimiento (art. 12.2).

La norma se utiliza para determinar los efectos jurídicos del silencio en la formación del consentimiento. Existen derechos que consideran que el silencio de una parte puede tener efecto vinculante ante la recepción de ofertas o declaraciones de la otra parte. Parece conveniente que si el derecho de la residencia habitual o el establecimiento de una persona no otorgan ese efecto al silencio, no se considere que existe acuerdo de voluntades en base al derecho que sería aplicable al contrato. Entonces, cuando se trata de demostrar la falta de consentimiento de una de las partes, debe aplicarse el derecho de su residencia habitual o establecimiento, para regir la existencia del consentimiento.

1107. Entre los distintos aspectos del contrato que quedan regidos por la ley aplicable se incluyen: la interpretación; los derechos y obligaciones de las partes; la ejecución de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento, los modos de extinción de las obligaciones y las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato (art. 14).

Respecto de las consecuencias del incumplimiento del contrato, queda comprendida "la evaluación del daño en la medida que pueda deter-

minar el pago de una indemnización compensatoria" (art. 14.c). Los sistemas jurídicos difieren en cuanto a la calificación de las cuestiones de daños como procesales o de fondo, por lo que la indicación expresa en la Convención es apropiada. De cualquier modo, la ley aplicable al contrato deberá siempre ser coordinada con la ley procesal del lugar donde tramite el juicio.

La referencia a los modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y la caducidad de las acciones (art. 14.d), que tradicionalmente los países del *common law* han considerado como cuestión procesal, constituye también un avance que había sido adoptado en otras convenciones. Las precisiones del ámbito del derecho aplicable son fundamentales en una convención que incluye normas de conflicto, porque evita problemas de calificaciones.

6. Forma

1108. La forma del contrato se rige por la ley aplicable a la validez sustancial del mismo, o por la ley de cualquiera de los lugares donde se celebra, o por la ley del lugar de ejecución del contrato (art. 13). Se trata de una norma alternativa que permite aplicar el derecho que resulte más favorable a la validez del acto, como es tradicional en materia de formas. Cuando las partes se hallan en distintos Estados, la forma se rige por la ley de cualquiera de los Estados donde se encuentran las partes al momento de la celebración (Ciuro Caldani). Hay que destacar que cuando el contrato se celebra por medio de un representante, se considera lugar de celebración el lugar donde se encuentra el representante, solución aceptada pacíficamente, aunque no está mencionada expresamente en la Convención de México. En suma, cuando las partes se encuentran en distintos Estados, pueden existir cuatro derechos aplicables alternativamente a la forma del contrato, debiendo optarse por el que sea más favorable a la validez del acto.

La cuestión relativa a si un mandatario puede obligar a su mandante y si el representante de una persona jurídica tiene facultades para actuar en su nombre, carece de una norma indirecta en la Convención, pero debe resolverse según las normas y los usos del derecho comercial interna-

cional (arts. 15 y 10). Las materias concernientes a la publicidad de los contratos, se someten al derecho del Estado donde éstos deban inscribirse o publicarse (art. 16).

1109. En el sistema jurídico institucional del MERCOSUR no hay normas de derecho aplicable a los contratos. Entre las posibilidades que se han sugerido para alcanzar un sistema de contratos coherente en el MERCOSUR se ha propuesto la ratificación de la Convención de México por cada uno de los Estados miembros o bien la aprobación de la misma a través de una Decisión reproduciendo su texto; la elaboración de un Protocolo del sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Opertti / Fresnedo); la adaptación de una convención multilateral a la concreta realidad de la integración mercosureña, tal como lo prevé el art. 20 de la Convención de México (Ciuro Caldani); la adopción de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Opertti / Fresnedo). Diego P. Fernández Arroyo ha propugnado también la posibilidad de que el CMC del MERCOSUR adopte una Decisión con un artículo único que dijera que ni los Tratados de Montevideo ni las normas estatales que prohíben la autonomía de la voluntad son aplicables a los contratos cuyos elementos están exclusivamente vinculados con Estados mercosureños; finalmente queda la posibilidad de reformar los ordenamientos jurídicos nacionales o, como una solución de mínima, modificar la interpretación de las normas en vigor.

IV. Jurisdicción internacional en materia contractual en la dimensión institucional mercosureña: Protocolo de Buenos Aires (1994)

1110. Lo que sí hay en el MERCOSUR, aunque no lo parezca, es un Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual, suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 (Dec. 1/1994), vigente entre Argentina, Brasil y Paraguay, y no ratificado 1°/12/2002 por Uruguay (ver Cap. 4.II). Dicho Protocolo permite pactar los tribunales que entenderán en los litigios que surjan de contratos internacionales. El acuerdo de elección de foro debe realizarse por escrito, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, incluso una vez sur-

gido el litigio (arts. 4 y 5). Para que el acuerdo sea válido no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4).

Se admite también la prórroga de la jurisdicción posterior a la presentación de la demanda, aun en el caso de que se hubiera pactado la jurisdicción de otro tribunal (art. 6). En la "prórroga *post-litem*", la voluntad debe expresarse en forma positiva y no ficta, es decir, se admite la prórroga de jurisdicción posterior a la interposición de la demanda, si el demandado comparece sin cuestionar la jurisdicción, pero no si se lo declara rebelde (art. 6).

Como vimos en el Cap. 4, si las partes no han elegido el tribunal competente, se prevén cuatro jurisdicciones concurrentes, a elección del actor: a) lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (arts. 7.a y 8); b) domicilio del demandado (arts. 7.b. y 9); c) domicilio del actor, cuando demostrare que cumplió su prestación (art. 7.c) y d) lugar de celebración del contrato por parte de personas jurídicas demandadas, cuya sede se encuentre en otro Estado parte (que coincidirá generalmente con el domicilio del actor) (art. 11). En la práctica, podría decirse que normalmente serán competentes los tribunales de los domicilios de cualquiera de las partes, a elección del actor. No porque esté expresado así en el Protocolo de Buenos Aires, sino porque las cuatro conexiones establecidas en los arts. 7 y 11, con las precisiones del art. 8, nos llevan a esa conclusión.

V. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

A) Normas de jurisdicción internacional

1111. Las normas argentinas de fuente interna que rigen la jurisdicción internacional en materia contractual en general, son el art. 1 del CPCN, Ley N° 17.454 de 1967 (modificado por Ley N° 21.305 de 1976 y después por la Ley N° 22.434 de 1981), y los arts. 1215 y 1216 CC. El art. 1 del CPCN permite pactar la jurisdicción internacional en asuntos patrimoniales, salvo cuando los tribunales argentinos tienen jurisdic-

ción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley. Se admiten los acuerdos realizados en el contrato y también la prórroga posterior. La norma autoriza también los acuerdos arbitrales en las mismas circunstancias. Por lo contrario, en cuestiones de derecho marítimo la autonomía es rechazada sistemáticamente, a partir del caso *"Compte c/ Ybarra"* (1936) (ver Cap. 30. III), solución que fue luego recogida por la Ley de navegación N° 20.094, arts. 614 y 621.

1112. En ausencia de acuerdo de las partes, los arts. 1215 y 1216 CC atribuyen jurisdicción en forma concurrente y a elección del actor, a los jueces del lugar de cumplimiento del contrato o a los del domicilio del demandado. La doctrina argentina ha sostenido distintas interpretaciones sobre lo que se entiende por lugar de cumplimiento, a los fines de la determinación de la jurisdicción internacional. Algunos consideran que para determinar la jurisdicción internacional debe considerarse el lugar de cumplimiento de la prestación reclamada en el juicio (Goldschmidt). Otros entienden que puede demandarse ante los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las prestaciones (Boggiano, Uzal). Este último criterio fue adoptado en el fallo *"Espósito c/ Jocqueviel"*, 10/10/1985 (*LL*, 1986-D, 46) seguido en el caso *"Quilmes c/ Vigan"*, 15/3/1991 (*Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera*, Buenos Aires, mayo-junio de 1991, n° 3, 626), y en las sentencias posteriores de la CNCom-A *"Consolidated Bank c/ Heller"*, 3/4/1991, *"Franco c/ Prescon"*, 30/5/1991, en todos los casos se siguieron los dictámenes del Fiscal de Cámara. Finalmente, la CSJN se pronunció en el mismo sentido, en los autos *"Exportadora Buenos Aires c/ Holiday Inn's"*, 20/10/1998 (*LL*, 2000-A, 404), por lo que bien puede decirse que actualmente la interpretación del sistema de DIPr argentino es que, en materia contractual, el actor puede demandar tanto ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación de una u otra parte, además de poder hacerlo ante los jueces del domicilio del demandado.

B) Normas de derecho aplicable

1113. No existe una norma expresa en el DIPr autónomo argentino referida a la autonomía de la voluntad conflictual. Sin embargo es pací-

fica la aceptación de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales por parte de la doctrina. Desde hace varias décadas hay consenso en que las partes pueden elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales y en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Corrientes en 1985, todos los participantes aceptaron en forma unánime la autonomía de la voluntad como punto de conexión en los contratos internacionales.

Los autores han utilizado distintos fundamentos para sostener la autonomía de la voluntad conflictual. Goldschmidt afirmaba que existía una práctica favorable a la autonomía, esto es, una costumbre por la cual se estilaba someter los contratos internacionales a leyes extranjeras, costumbre ejercida incluso por el mismo Estado argentino, sobre todo en materia de préstamos internacionales. Se ha sostenido también que la autonomía es una derivación lógica del principio constitucional que ampara la libertad de las acciones humanas (arts. 14 y 19 de la Constitución nacional).

Boggiano ha esgrimido dos fundamentos. Uno se basa en el art. 1212 del CC, que permite a las partes designar el lugar de cumplimiento del contrato, por lo que pueden también elegir indirectamente la ley aplicable, ya que el lugar de cumplimiento es el punto de conexión previsto en los arts. 1209 y 1210. El otro, mucho más interesante, es el fundamento basado en la norma que autoriza los acuerdos de elección de foro en contratos internacionales (art. 1 CPCN). Parte Boggiano de considerar que las partes pueden elegir el tribunal competente, lo que implica que eligen implícitamente el DIPr del país al que pertenezca el tribunal elegido, pues cada juez aplica su propio sistema de DIPr. Esta elección del juez significa desplazar totalmente las normas de conflicto argentinas (arts. 1209 y 1210 CC). Si las partes pueden elegir el DIPr que rige el contrato, pueden también elegir directamente el derecho privado aplicable, ya que éste se determina según el DIPr elegido.

1114. La jurisprudencia argentina ha aceptado también la elección de la ley en contratos internacionales. Entre los casos más relevantes pueden mencionarse: *"Gobierno del Perú c/ Sifar"*, 10/12/1956 (*LL*, 86, 329); *"Glatz, c/ Plata Americana"*, 15/9/1960 (*ED*, 1, 15); *"Estudios Espíndola c/ Bollati"*, 7/10/1969 (*ED*, 33, 26); *"Eiras Pérez c/ Te-*

chint", 9/12/1970 (*LL*, 142, 176); *"A.J. Hollander c/ Banco Central"*, 28/4/1971 (*JA*, 1972-14, 420); *"Pablo Treviso c/ Banco Argentino de Comercio"*, 31/8/1976 (*ED*, 77, 426); *"Saier c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande"*, 2/10/1979 (*LL*, 1979-D, 488); *"Banco de Río Negro c/ Independencia"*, 20/10/1981 (*ED*, 97, 604); etcétera.

1115. Las normas sobre derecho aplicable referidas a contratos internacionales, que se interpretan como normas subsidiarias de la autonomía de la voluntad conflictual, están contenidas en los arts. 1205 a 1214 del CC, en tanto los arts. 1215 y 1216 enfocan la jurisdicción internacional. Fácil es advertir la contradicción existente entre el art. 1205 por una parte y los arts. 1209 y 1210 por otra. El art. 1205 somete a la ley del lugar de celebración los contratos hechos fuera del territorio de la República. En cambio, de los arts. 1209 y 1210 resulta que los contratos internacionales se rigen por la ley del lugar de cumplimiento. La contradicción, motivada por la diversidad de fuentes utilizada por el codificador Vélez Sársfield, ha tratado de superarse a través de dos interpretaciones elaboradas por la doctrina, que intentan construir un sistema normativo coherente para los contratos internacionales.

Para algunos autores el principio general es la ley del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210) y el lugar de celebración se aplica en forma subsidiaria (art. 1205). Es decir, los contratos se rigen por la ley del lugar de cumplimiento y sólo cuando éste no esté determinado, ni pueda determinarse con las pautas de los arts. 1212 y 1213 del CC deberá aplicarse la ley del lugar de celebración (Pardo, Grigera Naón). Para otros autores, cuando el contrato tiene contacto argentino –ya sea que el lugar de celebración o el lugar de cumplimiento se encuentren en Argentina– se aplican las reglas de los arts. 1209 y 1210 del CC y el contrato se rige por la ley del lugar de cumplimiento. Cuando el contrato no tiene contacto con Argentina porque tanto el lugar de cumplimiento como el lugar de celebración se encuentran en el extranjero, se aplica la norma del art. 1205 del CC y por lo tanto el contrato se rige por la ley del lugar de celebración (Goldschmidt, Kaller de Orchansky, Boggiano).

Hay que reconocer que la última interpretación tiene apoyo en el texto literal de las normas, ya que el art. 1205 se refiere a los contratos hechos fuera del territorio de la República, en cambio los arts. 1209 y 1210

mencionan el lugar de ejecución en Argentina (art. 1209) o el lugar de celebración en nuestro país (art. 1210). Sin embargo, la otra postura se basa en que no existe razón para que un juez argentino aplique a la gran mayoría de los contratos internacionales la ley del lugar de cumplimiento y sin embargo utilice la del lugar de celebración cuando el contrato no tiene ningún contacto con el país. Además, pocos contratos internacionales se celebran por escrito en presencia de ambas partes, especialmente hoy por la contratación por medios electrónicos, por lo que este punto de conexión muchas veces fracasa, y por otra parte, con la interpretación propuesta por Pardo, el sistema de fuente interna se acerca en líneas generales a las soluciones del TMDCI 1940 (arts. 37 y 40). La discusión es más teórica que real, pues en la práctica y salvo algún caso excepcional, los tribunales argentinos entenderán la mayoría de las veces en contratos internacionales que tengan lugar de celebración o lugar de cumplimiento en Argentina, por lo que cualquiera sea la postura que se siga, se aplicarán los arts. 1209 y 1210 CC, que remiten a la ley del lugar de cumplimiento.

1116. En la mayoría de los contratos internacionales, el punto de conexión lugar de cumplimiento presenta la dificultad de que la obligación principal de una de las partes debe cumplirse en un país y la de la otra parte en otro país. La doctrina y la jurisprudencia, originariamente de Suiza y Alemania y luego de casi todos los países, han adoptado la teoría de la prestación característica para determinar la ley aplicable. Se considera característica aquella prestación que tipifica el contrato, esto es, que hace que sea un tipo de contrato y no otro, una compraventa y no una locación de cosas. La obligación del vendedor: entrega de la cosa y la obligación del locador: mantenimiento en el uso y goce de la cosa locada, son las prestaciones características de estos contratos. Normalmente el pago del precio no es la prestación característica, pues es común a muchos contratos, por lo que no permite tipificarlos.

Algunos entienden la teoría como referida al lugar donde físicamente se cumple la prestación característica (Goldschmidt; caso *"Estudios Espíndola c/Bollati"*, 7/10/1969 (*ED*, 33-26) y otros consideran que alude al domicilio o a la residencia habitual o al establecimiento de la parte deudora de la prestación característica (Boggiano, Najurieta). Este últi-

mo es el criterio utilizado por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 4.2.) y la ley suiza de DIPr de 1987 (art. 117).

1117. Los arts. 1212 y 1213 CC contienen calificaciones autárquicas del punto de conexión lugar de cumplimiento, que pueden jerarquizarse de este modo: 1) lugar designado por las partes (art. 1212); 2) lugar determinado por la naturaleza de la obligación (art. 1212); 3) lugar de celebración del contrato, si coincide con el domicilio del deudor (art. 1212); 4) domicilio actual del deudor (art. 1213).

En todos los casos hay que coordinar estas calificaciones con la teoría de la prestación característica, es decir que el lugar designado por las partes se refiere a aquél donde se debe cumplir la prestación característica, o el domicilio actual del deudor alude al domicilio del deudor de la prestación característica. La naturaleza de la obligación determina el lugar de cumplimiento, por ejemplo en un contrato de distribución comercial es el país donde deben distribuirse los productos; en un contrato de venta de una planta industrial llave en mano, donde debe construirse y entregarse la planta funcionando; en la venta de un paquete accionario, si no se ha pactado un lugar determinado, la sede social de la sociedad.

En las compraventas internacionales, el pacto de una cláusula FOB, CFR o CIF, de INCOTERMS 2000 CCI determinan como lugar de cumplimiento el puerto de embarque y si éste coincide con el domicilio del vendedor, por la naturaleza de la obligación, se aplica esa ley al contrato (ver Cap. 26.II).

1118. La existencia de varios lugares de cumplimiento de la prestación característica, en distintos países, puede resultar más dificultosa para determinar la ley aplicable que la falta de lugar de cumplimiento, pues en este último caso el domicilio actual del deudor de la prestación característica (art. 1213 CC) soluciona el problema con una regla residual. El problema del lugar de cumplimiento en diferentes países se soluciona si se adopta el criterio del domicilio del deudor de la prestación característica. Pero si se sigue la postura del lugar físico de cumplimiento de la prestación característica, fracasan los criterios localizadores de los arts. 1212 y 1213 del CC y debe acudirse a la ley del lugar de celebración del con-

trato. El ámbito de aplicación que debe asignarse al art. 1205 CC es precisamente someter a la ley del lugar de celebración del contrato solamente aquellos contratos que carecen de lugar de cumplimiento determinado o determinable, generalmente por cumplirse en varios países. Así, por ejemplo, un contrato entre una productora italiana y un distribuidor con domicilio en Argentina, que tiene por objeto la distribución cinematográfica en dos o tres países del MERCOSUR, puede entenderse regido por la ley argentina, por ser el domicilio del deudor de la prestación característica o de lo contrario por la ley del lugar de celebración del contrato.

Pero si el contrato no tiene lugar de cumplimiento determinado ni determinable, ni lugar de celebración, hay que acudir al art. 1214 CC, que dispone que los efectos del contrato, esto es las obligaciones de cada una de las partes, se rigen por la ley de su respectivo domicilio. Se aplican dos leyes, en forma distributiva respecto de las obligaciones de cada parte. Pero como esta norma se refiere sólo a los efectos del contrato, se discute la ley aplicable a la validez intrínseca del contrato. Goldschmidt ha postulado una aplicación acumulativa de las leyes de los domicilios de los contratantes, pero también se ha sostenido que estas leyes deberían ser aplicadas en forma alternativa, en favor de la validez del contrato. El art. 14.4 CC, puede apoyar esta posición, que tiende, por cierto, a la conservación del contrato.

1119. La forma de los contratos debe ser analizada desde tres aspectos: ley impositiva de la forma, ley que reglamenta y ley que califica según lo entiende la doctrina (Goldschmidt, Kaller de Orchansky), a pesar de que no existe en DIPr autónomo argentino una norma tan clara como el art. 36 TMDCI 1940. Normas que imponen determinadas formas son el art. 1211 CC, referido a los contratos que tienen por objeto transmitir derechos reales sobre inmuebles ubicados en Argentina, el art. 3129 sobre hipotecas otorgadas en el extranjero respecto de inmuebles ubicados en Argentina.

Por lo tanto los arts. 12, 950 y 1180 CC, que utilizan como punto de conexión el lugar de celebración, se entienden referidos sólo a la reglamentación de las formas. Tiene mucha importancia el art. 1181 CC, que otorga validez formal al contrato que cumpla los recaudos de una de las leyes del lugar donde se encontraba cada parte al emitir su declaración

de voluntad. Esta norma alternativa, que elige la ley más favorable a la validez, no sólo se aplica a los contratos celebrados por correspondencia, sino a todos aquellos que se realicen por fax, télex o medios electrónicos. Hay que tener en cuenta que cuando el contrato se celebra por medio de un representante, se considera lugar de celebración el lugar donde se encuentra el representante (Boggiano).

2. Brasil

1120. En Brasil, la autonomía de la voluntad fue considerada admitida por la doctrina a partir de la interpretación que se hacía del art. 13 de la antigua LICC (de 1916); concretamente, de la frase "salvo estipulación en contrario". Bevilaqua, autor de la norma, se mostró en sus escritos favorable al principio, entendiendo que las partes tienen autonomía para escoger la ley que regirá las obligaciones libremente contraídas, siempre que se respeten sus límites naturales y las formas previstas en la ley. Para él, la voluntad de las partes respecto de la ley aplicable sólo podía ser ejercida con relación a la sustancia y a los efectos del acto, ya que en relación con la capacidad y la ejecución puede tener incidencia una ley diferente de la que resulta aplicable al contrato en general (*lex contractus*); la capacidad quedaría regida por la ley personal de las partes contratantes y la ejecución por la ley del lugar donde la misma debe efectuarse.

Según el postulado de Bevilaqua, la *lex contractus* es la del lugar de celebración, salvo que hubiese existido una estipulación en contrario, o salvo que fuera ofensiva al derecho nacional de los contratantes o al orden público. De la lectura del parágrafo único del derogado art. 13, no queda claro si la regla del final es utilizada en conjunto con dicho parágrafo, o si cuando la ejecución fuera en Brasil se aplicaría la ley brasileña, no sólo a las cuestiones de ejecución sino también a las relativas a la sustancia y a los efectos. En la jurisprudencia de la época la tendencia era a aplicar la ley brasileña para todos los aspectos de los contratos internacionales cuya ejecución se produjera en el territorio nacional. No obstante, a pesar de la opinión favorable de Bevilaqua, muchos autores de esa época se posicionaban en contra del principio (Espinola, Machado Villela, Pontes de Miranda).

1121. Con el cambio de la LICC en 1942, que sigue en vigor al 11/1/2003, al entrar en vigencia el nuevo Código Civil, Ley N° 10.406, nació una nueva discusión en la doctrina acerca de la exclusión o no de la autonomía de la voluntad, a raíz de la supresión de la expresión "salvo estipulación en contrario" antes aludida. La polémica perduró pues, mientras muchos entendieron que eso mostraba la voluntad del legislador de eliminarla, otros interpretaron que la simple supresión de la expresión no podía tener el efecto de eliminar un principio jurídico antes aceptado.

Oscar Tenório, al comentar el art. 9, entendió que la exclusión de la teoría de la autonomía de la voluntad en la nueva LICC se debió a las severas críticas que la misma había recibido anteriormente. Al mismo tiempo, Tenório opina que si bien no se estableció expresamente la autonomía, tampoco se prohibió, dejando su admisión librada a la ley del contrato, o sea que existiría la posibilidad de aplicación de forma indirecta, siempre que la ley del lugar de celebración lo permitiese.

Miguel Maria de Serpa Lopes resaltó que en la Introducción de 1916, a pesar de ser permitida, la autonomía de la voluntad sólo podía ser ejercida en el terreno supletorio. Respecto de la LICC de 1942, opinó que la omisión sobre la autonomía venía a permitirla de forma indirecta, o sea, cuando viniese indicada por la ley del lugar de celebración y, también aquí, sólo con relación a materia supletoria. Aparentemente se sitúa en contra de la autonomía en los casos en que la ley aplicable fuese la brasileña, ya que el cambio de redacción se produjo en razón de la fuerte presión ejercida por la corriente doctrinal contraria a esta teoría.

Serpa Lopes también criticaba la posición de Tenório pues su formulación implicaba, en verdad, una forma de reenvío, prohibido por la ley (art. 16 LICC), opinión compartida más recientemente por Franceschini que, sobre la base de la prohibición expresa para la remisión, entiende que la autonomía de la voluntad no está contemplada.

Entre los pocos estudios recientes sobre la LICC de 1942, cabe citar el de Maria Helena Diniz quien, al tratar el art. 9, entiende que el mismo no prevé la autonomía de la voluntad como punto de conexión y que, tratándose de una norma imperativa, no puede ser alterada por las partes.

1122. Por todo lo anterior, en lo que respecta a la práctica, es preciso ser cauteloso al momento de redactar una cláusula de elección de ley

aplicable en un contrato internacional, ya que los tribunales brasileños no han enfrentado la cuestión directamente ni parecen haber abrazado las tesis pro autonomía defendidas por algunos especialistas.

En nuestra opinión, solamente la revisión de la LICC y la adopción de los principios consagrados en la Convención de México de 1994 podrían modificar la situación actual y, así, permitir de forma segura la utilización del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. En el estado actual de la legislación brasileña, la elección de la ley aplicable a un contrato internacional no encuentra amparo seguro en la legislación vigente. La realidad es que, a diferencia de lo que sucede en otros países del mundo, en Brasil la situación todavía no evolucionó y se encuentra tal cual estaba a mediados del siglo XX. Entendemos que, a pesar de que la mayoría de la doctrina está a favor de la autonomía, de la lectura del art. 9 LICC no puede extraerse su aceptación, especialmente si se tiene en cuenta que el texto de 1942 (art. 9) restringió deliberadamente el alcance dado al texto de 1916 (art. 13).

La jurisprudencia tampoco esclareció la cuestión, como puede verse en el análisis de los pocos casos existentes. En éstos se nota que los jueces usan el método conflictual para determinar la ley aplicable, a partir de una interpretación literal del art. 9 *in fine*.

En nuestra opinión, Brasil tendría que adoptar la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, no sólo para regular las relaciones contractuales vinculadas con otros Estados americanos, sino como regla general para todos los contratos internacionales, sustituyendo por fin el inadecuado art. 9 de la LICC.

3. Paraguay

1123. A pesar de que el CC de Paraguay es bastante reciente, ya que entró en vigencia en 1987 (hasta la aprobación del nuevo CC brasileño en 2002, era el más moderno dentro del MERCOSUR), su sistema de DIPr contenido en los arts. 11 a 26, no ha registrado los avances y las tendencias actuales de la materia. No existe una norma expresa referida a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.

1124. En materia de formas, el art. 23 dispone: "la forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código".

El art. 699 dispone:

> "La forma de los contratos será juzgada:
> a) entre presentes, por las leyes o costumbres del lugar en que hubieren sido concluidos;
> b) entre ausentes, cuando constaren en instrumento privado suscripto por alguna de las partes, por las leyes del lugar en que haya sido firmado; y
> c) si el acuerdo resultó de correspondencia, de la intervención de agentes o de instrumentos firmados en distintos lugares, se aplicarán las leyes más favorables a la validez del acto".

La norma, similar al art. 1181 del CC argentino, somete la forma de los contratos a la ley del lugar de celebración, ya sea el real donde ambas partes se encontraban presentes al momento de firmarlo (arts. 23 y 699 a), o si las partes no se encontraban presentes, a la ley del lugar donde el documento fue firmado (art. 699 b). Para los demás supuestos, la forma se rige por la ley que sea más favorable a la validez, entre las leyes de los lugares donde se encuentre cada una de las partes, al momento de la celebración (art. 699 c). La forma de los actos jurídicos celebrados en el extranjero, referidos a inmuebles situados en Paraguay, está regulada por una norma material (art. 24), que impone instrumento público, protocolización por orden de juez competente e inscripción registral, norma similar al art. 1211 del CC argentino.

1125. La validez intrínseca de los actos jurídicos y por ende de los contratos, se rige por la ley del lugar de cumplimiento, solución que puede inferirse del art. 14 del CC, que dispone:

> "(...) la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes".

Esta norma, con mala técnica legislativa, trata conjuntamente la capacidad de derecho con la validez intrínseca de los actos jurídicos y los somete a la ley paraguaya cuando deban cumplirse en el país. Lógicamente, la norma unilateral debe ser bilateralizada, lo que permite concluir que los contratos que deben cumplirse en el extranjero se rigen por la ley del lugar de cumplimiento. La doctrina, escasa por cierto, ha abordado sólo problemas generales de DIPr, sin tratar las cuestiones referidas a los contratos internacionales.

1126. Si bien es cierto que muchas concepciones científicas de la doctrina argentina eran de recibo y de efectiva puesta en práctica en Paraguay, ya que originariamente este país había adoptado el CC y el CCom de Argentina, a partir de la entrada en vigencia del nuevo CC, comenzó un proceso de creación jurídica diferenciada, con un gradual apartamiento de la doctrina argentina (Hargain / Mihali). Por eso, no pueden trasladarse en forma automática las soluciones del DIPr autónomo argentino.

La jurisprudencia paraguaya registra muy pocos casos referidos a contratos internacionales, al menos publicados. Ninguno de ellos analiza el derecho aplicable. Algunos se refieren a la jurisdicción internacional y otros aplican normas materiales uniformes, como las Convenciones de Varsovia de 1929 o de Bruselas de 1924.

En contratos entre empresas o personas relacionadas con países del MERCOSUR, hay que acudir al sistema autónomo de Paraguay solamente en aquellos casos que se planteen en jurisdicción paraguaya conectados con Brasil, pues si el contrato está conectado con Argentina o con Uruguay, como se ha dicho muchas veces a lo largo de este libro, corresponde aplicar el TMDCI de 1940.

4. Uruguay

1127. Los contratos internacionales están regulados en forma general dentro de una categoría más amplia, "actos jurídicos", prevista en el art. 2399 del Apéndice del CC (Ley N° 10.084, de 4/12/1941), que establece: "los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de su cumplimiento de conformidad

por otra parte con las reglas de interpretación contenidas en los arts. 34 a 38 inclusive del Tratado de derecho civil de 1889". El ámbito de aplicación de la categoría comprende todo lo relativo a la validez del contrato, a excepción de las nulidades derivadas de la incapacidad de un contratante (categoría capacidad, art. 2393); contenido, objeto e interpretación del contrato, desarrollo y cumplimiento del mismo. El Apéndice no regula las formas de los actos jurídicos; la doctrina y la jurisprudencia admiten que, dado que se trata de una categoría independiente, se trata de una laguna a ser llenada por las soluciones del TMDCI de 1940 como doctrina más recibida.

El codificador nacional Vargas Guillemette, siguiendo la posición tradicional de la doctrina y la jurisprudencia uruguayas, optó por establecer una solución legal preceptiva en cuanto a la ley reguladora del contrato. La interpretación del punto de conexión jurídico elegido, "lugar de cumplimiento", también debe efectuarse de acuerdo a las reglas preceptivamente indicadas en la norma (los arts. 34 a 38 del TMDCI de 1889). La referencia es al Tratado de 1889 porque el de 1940 todavía no estaba vigente en Uruguay a la fecha de aprobarse la ley nacional. La sentencia N° 334/92 del TAC 1° T, Almera de Mayol, Malherbe, Eguren (*RUDProc*, 1993, caso 285, Arrighi), establece que en ausencia de norma convencional debe estarse a lo dispuesto en los arts. 2399 y 2401 CC –y por remisión expresa del primero a lo establecido en el art. 34 del TMDCI de 1889– para resolver una cuestión de jurisdicción relativa a un contrato de ajuste o embarque. El art. 2399 contiene un supuesto –"actos jurídicos"– cuya generalidad e indistinción lleva a sostener que comprende al contrato de ajuste. El art. 34 del Tratado de 1889 no procura una interpretación del contrato sino que establece una normativa consecuencial extraña a las intenciones de las partes y a las informaciones provenientes de la realidad. Se concluye que en base a esas normas son competentes los jueces del domicilio del demandado al tiempo de la celebración del contrato.

1128. Con respecto a la internacionalidad del contrato no existe norma expresa de fuente interna que la defina, aunque sí doctrina y jurisprudencia. Alfonsín define el contrato internacional como aquel que "no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad

nacional". En este mismo sentido y rechazando la posibilidad de internacionalización de un contrato por el solo hecho de que éste entrañe conflicto de leyes, por incluir una cláusula de elección de ley y/o jurisdicción, se ha manifestado la mayoría de la doctrina uruguaya (Opertti, Herbert, Solari), que en definitiva se afilia a la concepción económica del contrato, expresada en el proyecto de convención presentado por la delegación uruguaya en CIDIP IV: "(...) se considera que el contrato es internacional, cuando el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes afecta directamente a más de una economía estatal", en la base N° 1 aprobada en la CIDIP IV, que refiere al "contrato cuya internacionalidad se manifiesta a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos", y en el art. 1 de la Convención interamericana de 1994 (que el Gobierno uruguayo mandó al Parlamento para su ratificación sin alcanzar éxito).

La SCJ, en sentencia del 26/7/1982 (*LJU*, c. 9316, Matteo), sostuvo que:

> "(...) existen dos corrientes jurisprudenciales respecto a la calificación de internacionalidad de las operaciones. Una estricta, que proclama tal carácter sólo cuando la negociación provoca un trasiego de bienes, servicios, valores o capitales fuera de fronteras, y otra, de sentido más lato, que le asigna la nota de extraterritorialidad, no sólo a dichas relaciones, sino también a las operaciones conexas con las mismas, destinadas a facilitar, asegurar o efectivizar a las que se traducen en el tráfico internacional, y la Corte, en mayoría, participa de este último criterio".

A este fallo hace expresa referencia la sentencia N° 2258, de 5/12/1996, del JLC de 11° T, Zulma Casanova, quien agrega que de esa forma se puede definir no sólo la internacionalidad de la obligación, sino del propio negocio, además de otros criterios coadyuvantes de localización objetiva del contrato. En el mismo sentido, el TAC 2° t., Vago, De Vega, Frigerio, sentencia N° 76 de 24/4/1970 (caso 967, *ADCU*, I, Arrighi), sostiene que el criterio para determinar si un contrato es o no internacional es el económico y se configura un contrato internacional cuando produce un movimiento de flujo y reflujo de mercaderías y capitales por encima de las fronteras. Y la sentencia N° 72, de 18/3/1977, JLC 3° T, Moliga (*ADCU* VIII, caso 634, Arrighi) establece que aunque el contrato no provoque por sí mismo ninguna transferencia de valores por enci-

ma de fronteras, es igualmente internacional si depende de una operación cuyo movimiento de fondos excede el cuadro de la economía interna.

1129. El principio general vigente en Uruguay es la prohibición expresa de la autonomía de la voluntad, tanto con relación a la ley aplicable como a la jurisdicción competente. Cabe repetir que el Gobierno uruguayo intentó cambiar esta ancestral postura contra la autonomía mediante la ratificación de la Convención de México de 1994 (que consagra la autonomía en materia de derecho aplicable), pero la misma no pasó el trámite parlamentario. Del mismo modo, Uruguay es el único de los cuatro países del MERCOSUR que no ratificó el Protocolo de Buenos Aires del mismo año (que consagra la autonomía en materia de jurisdicción internacional), pese al carácter expresamente obligatorio que tienen las Decisiones del CMC. Sin embargo, paradójicamente, sí están vigentes en Uruguay las Convenciones de arbitraje de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975, que permiten no sólo excluir la actuación del juez uruguayo, sino de todos los jueces, mediante el sometimiento de la controversia a un árbitro o tribunal arbitral de cualquier Estado.

Establece el Apéndice, en los mismos términos que el art. 5 del Protocolo adicional de 1940: "las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente" (art. 2403 CC). En la exposición de motivos de la Ley N° 10.084, Vargas Guillemette sostiene que:

> "(...) las partes no pueden variar a su arbitrio las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas, se han tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación del Estado a cuyo orden social o económico se vincula por su naturaleza la relación jurídica de que se trata".

Y en el mismo sentido, agrega el Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes que "la competencia internacional se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en la relación jurídica de que se trata". La jurisprudencia ha aplicado esta norma, de carácter imperativo, en forma unívoca. Así por ejem-

plo, la sentencia N° 2258, de 5/12/1996, del JLC de 11° T, Zulma Casanova, establece que:

> "(...) es improcedente el argumento esgrimido por la excepcionante en cuanto serían competentes los tribunales ingleses, por la cláusula pactada por las partes, pues como lo reconoce la jurisprudencia y doctrina, dicha elección es contraria a las normas vigentes en materia de competencia judicial, las que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes (art. 2403 CC), debiendo tenérsela por no puesta".

La excepción al referido principio general está dada en la parte final del art. 2403, que establece que la voluntad de las partes "sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente". O sea que es sólo dentro de este margen restringido y excepcional que el DIPr uruguayo confiere libertad a las partes en materia de competencia legislativa y judicial. Podemos interpretar que "ley competente" refiere al orden jurídico remitido por la norma de conflicto aplicada en el caso, o a la normativa de DIPr competente para regular la categoría de que se trata, ya sea ésta de fuente nacional o internacional, material o de conflicto.

Como ejemplo de la primera hipótesis, resulta ilustrativo el caso *"La Mannheim c/ China Ocean Shipping Company (COSCO)"* (Sosa, JLC 17°, Sent. N° 42, 24/10/1994, y Peri Valdez, Chalar, Ruibal Pino, TAC 3°, Sent. N° 8, 12/2/1996, en *RTYS*, N° 10, caso 186), referido a un contrato de transporte marítimo Uruguay-China, en que asumen competencia los jueces uruguayos en virtud del art. 2401 *in fine* (domicilio del demandado) y aplican derecho chino en virtud del art. 2399. El juez uruguayo valida la cláusula de elección de ley incluida en el contrato por estar dicha elección permitida en el derecho extranjero remitido (el chino). Dicha cláusula habría sido admitida como válida por los tribunales chinos, conforme al derecho chino, y el juez uruguayo está obligado a aplicar el derecho extranjero remitido por su norma de conflicto tal como lo harían los jueces del Estado al que dicha norma pertenece (art. 525.3 CGP). Como ejemplo de la segunda hipótesis prevista en el art. 2403 *in fine* cabe citar el caso del mercado de valores, que ha sido regulado por la Ley N° 16.749, de 30/5/1996, que contiene una serie de disposiciones materiales y una norma de DIPr, el art. 46, que deja librada

la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente a la voluntad del emisor, siempre que en la emisión se deje expresa constancia de su oferta internacional. Estaríamos dentro del margen en que la "ley competente" autoriza la autonomía.

1130. "Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones. Tratándose de acciones personales patrimoniales éstas también pueden ser ejercidas a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado" (art. 2401 CC y art. 34 Ley N° 16.750 de 24/6/1985). Pero como se vio, la parte final del art. 2403 admite que la voluntad de las partes "podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente." En consecuencia, si el caso se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 o de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, Panamá, 1975, las partes podrán actuar dentro del margen que ella les confiere, es decir, podrán optar por someter sus diferencias a un tribunal arbitral, en vez de hacerlo ante el tribunal judicial estatal internacionalmente competente.

La interpretación armónica de las normas precitadas (que permite escapar a esta paradójica situación) nos lleva a concluir que el principio general es que son competentes internacionalmente los jueces estatales que determina el art. 2401 y que las partes no pueden modificar dichas bases de jurisdicción salvo en la medida en que la ley competente lo autorice. Las hipótesis previstas en las convenciones sobre arbitraje caen dentro de este margen excepcional dentro del cual la ley permite actuar a la voluntad de las partes en materia de jurisdicción. Así lo ha entendido la jurisprudencia uruguaya en los casos en que resultaba aplicable la Convención de Nueva York, sosteniendo que las partes pueden apartarse de las reglas de competencia judicial establecidas por las normas de DIPr aplicable (Apéndice del CC o Tratados de Montevideo, en su caso) y acordar someterse a un tribunal arbitral, siempre que lo hagan "dentro del margen que les confiere la ley competente", en la hipótesis, la propia Convención de Nueva York. Es decir que las partes pueden pactar someter sus diferencias a un tribunal arbitral, en vez de al tribunal judicial estatal

internacionalmente competente, siempre que se ajusten a las condiciones y requisitos exigidos por la propia Convención (como es obvio).

Nótese que si bien la Convención de Nueva York de 1958 refiere en principio sólo al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, según surge de su propio título y se especifica en su art. I, sus normas de derecho uniforme que regulan las condiciones de validez de la cláusula arbitral han sido aplicadas por la jurisprudencia no sólo en la etapa última de reconocimiento y ejecución del laudo, sino también en el momento anterior al procedimiento arbitral, en que se discute en sede judicial si la cláusula es válida y por tanto surte efectos obligatorios entre las partes, o si no lo es. El fundamento de esta interpretación amplia de la Convención puede encontrarse en el art. II.3, que establece la obligación del juez "al que se someta un litigio respecto del cual las partes han concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo", de remitir a las partes al arbitraje, "a instancia de una de ellas", salvo que la cláusula sea nula, ineficaz o inaplicable. Es decir que si el actor entabla acción en sede judicial y el demandado interpone excepción de incompetencia alegando la validez de la cláusula arbitral, el juez deberá analizar si la misma es o no válida, conforme las reglas materiales uniformes de la propia Convención. Si concluye que la cláusula es válida, remitirá a las partes al arbitraje. Si concluye que es nula, ineficaz o inaplicable –en los términos del art. II– asumirá competencia, siempre que sus respectivas normas (de fuente nacional o internacional) le asignen jurisdicción en la esfera internacional.

Bibliografía complementaria

ARAÚJO, N. DE, *Contratos internacionais*, 2ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2000; BOGGIANO, A., "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT", *Unif. L. Rev.*, 1996, pp. 219-228; BRICEÑO BERRU, E., "Comentarios a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994 en perspectiva comparada con la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Dir. Comm. Int.*, 1997, pp. 1003-1022; BURMAN, H.S., "International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the

1990s", *Vand. J. Transnat'l L.*, 1995, pp. 367-387; CASELLA, P.B. (coord.), *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*, San Pablo, LTr, 1996; DINIZ, M.H., *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. I, San Pablo, Saraiva, 1993; DEVOTO, M., *Comercio electrónico y firma digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Buenos Aires, La Ley, 2001; DREYZIN DE KLOR, A. / SARACHO CORNET, T., "Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *LL*, 1995-D, pp. 1036-1051; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", *Revue critique de droit international privé*, t. 84, 1995, pp. 178-186; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "International Contract Rules in Mercosur: End of an Era or Trojan Horse?", *International Conflicts of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 2001, pp. 157-173; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "El futuro del MERCOSUR: la reglamentación mercosureña en materia de contratos internacionales desde la cosmovisión borgeana", *Rev. Der. Priv. Com.* 2000-3, pp. 477-498; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) - México-1994", *Anuario de derecho comercial*, 1996, pp. 191-211; HERBERT, R., "La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *RUDIP*, 1994, pp. 45-62; HERNÁNDEZ-BRETON, E., "Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko das auf internationale Verträge anwendbare Recht", *IPRax*, 1998, pp. 378-385; JUENGER, F.K., "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts - Some Highlights and Comparisons", *Am. J. Comp. L.*, 1994, pp. 381-393; JUENGER, F.K., "Contract Choice of Law in the Americas", *Am. J. Comp. L.*, 1997, pp. 195-208; KOZOLCHYK, B., "The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas", *Am J. Comp. L.*, 1998, pp. 151-179; MATTEO TERRA, V., "Contratos internacionales", *Rev. de derecho com. y de la empresa*, núms. 51-52; NOODT TAQUELA, M.B., "Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994", en *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996; NOODT TAQUELA, M.B., "Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *RDCO*, 1996, pp. 397-434; NOODT TAQUELA, M.B., "El comercio electrónico en el MERCOSUR", RUDIP, año IV, núm. 4, 2001, pp. 85-103; OPERTTI BADÁN, D. / FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *Contratos comerciales internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito interamericano*, Montevideo, FCU, 1997; PARRA-ARANGUREN, G., "The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private In-

ternational Law (Mexico City, 14-18 March, 1994)", *Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya y otras, Kluwer, 1996, pp. 299-320; PEREZNIETO CASTRO, L., "Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, pp. 765-776; RODAS, J.G. (coord.), *Contratos internacionais*, San Pablo, RT, 1995; SAMTLEBEN, J., "Versuch über die Konventionen von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht", *IPRax*, 1998, pp. 385-394; SANTOS BELANDRO, R.B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 2ª ed., Montevideo, FCU, 1998; SOLARI BARRANDEGUY, MARCELO, *La teoría de la imprevisión aplicada a los contratos internacionales, ADCU*, vol. XIII; SOSA, G.L., *El derecho internacional privado interamericano y el derecho de integración (CIDIP V, México, 1994)*, Corrientes, 1996; TILMAN, V. / MONTERO, E., "La nueva directiva europea sobre el comercio electrónico", *LL*, 2002-C, pp. 1093-1097; URIONDO DE MARTINOLI, A., "Autonomía de la voluntad en el MERCOSUR y en los países asociados", *Anuario IHLADI*, 14, 1999; VEYTIA, H., "La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Jurídica* (México), 1995, pp. 383-397.

Capítulo 26

Modalidades contractuales específicas

Diego P. Fernández Arroyo, Cecilia Fresnedo de Aguirre*,
María Blanca Noodt Taquela y Jorge R. Albornoz

I. Contratos con "parte débil"

1. Contratos celebrados por los consumidores

A) Aspectos generales

1131. No existe todavía, en el ámbito del MERCOSUR, una regulación a nivel institucional del derecho aplicable a los contratos con consumidores. Contamos sí con algunas soluciones nacionales, como la Ley argentina N° 24.240 de defensa del consumidor, vigente desde el 15/10/1993, modificada por Ley N° 24.999, de 1° de julio de 1998 (*BO*, 30/7/1998), el Código brasileño de defensa del consumidor, aprobado por Ley N° 8078 del 11/9/1990, que entró en vigencia en marzo de 1991, la Ley paraguaya de defensa del consumidor y del usuario N° 1334 de 27/10/1998 (*GO*, 19/10/1998) y la Ley uruguaya de defensa del consumidor N° 17.250, de 11 de agosto de 2000 (*DO*, 17/8/2000), las cuales siguen en términos generales las directrices para la protección del consumidor establecidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución N° 39/248 de 9/4/1985. Estas directrices señalan expresamente que las políticas de los gobiernos deben garantizar que las medidas de protección al consumidor se apliquen en beneficio de todos los sectores de la población (art. 4). Imponen a los gobiernos de los Estados mercosureños el desarrollo de políticas enérgicas de protección del consumidor y la predisposición de infraestructuras adecuadas para aplicarlas (arts. 2 y 4).

---

* Con la colaboración de Gabriela Aguirre en Ep. 26.III y de Verónica Ruiz en Ep. 26.IV.

La necesidad de regular en forma especial la contratación con consumidores surge no de la pretensión de dotarlos de prerrogativas especiales ni de derechos de carácter privilegiado, "sino de reconocer su situación de debilidad estructural en el mercado y construir un sistema de soluciones que lo eleve a una posición de igualdad real y de seguridad jurídica" (Stiglitz). Surge además porque las normas del derecho tradicional no alcanzan para brindar al consumidor, vulnerable en las relaciones de mercado (hecho reconocido expresamente en el art. 4.I del Código brasileño de defensa del consumidor), una adecuada protección jurídica. No obstante lo cual, los sistemas jurídicos de protección especial del consumidor se integran con las normas más generales del orden jurídico al que pertenecen (art. 3 Ley argentina N° 24.240).

Las reglas generales de la responsabilidad civil, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el abuso de derecho, la lesión, el orden público, las normas imperativas, etc., no son suficientes en la práctica, ya que no brindan soluciones concretas a favor del consumidor; además, quedan siempre sujetas a la interpretación de los jueces y administradores (Marques). Las leyes especiales de defensa del consumidor dan respuestas concretas, que no se limitan al mero reconocimiento de sus derechos, como la nulidad de las cláusulas abusivas (art. 37 Ley argentina N° 24.240), control de prácticas de comercialización (arts. 32 a 35 ídem), normas preventivas (art. 52 ídem), soluciones colectivas (arts. 52 y 55 ídem), mecanismos que instrumentan la efectividad de esas soluciones, como ciertos procedimientos administrativos específicos para la solución de conflictos (arts. 45 a 47 ídem), el fácil acceso del consumidor a la justicia y procedimientos abreviados (arts. 52 y 53 ídem), el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos (art. 59), etc. El sistema legal de defensa del consumidor es de orden público; así lo reconocen a texto expreso el art. 65 de la citada ley argentina y el art. 1 del Código brasileño de defensa del consumidor. Esto significa que dicho régimen no puede ser modificado por la voluntad de las partes, y mucho menos en forma unilateral por una sola de ellas.

1132. Debe distinguirse el concepto coloquial y los que pueden utilizar los distintos autores para caracterizar al consumidor, del que brindan los diferentes textos legales autónomos o convencionales. Puede su-

ceder que un contrato sea a todas luces catalogable como de consumo, pero sin embargo no entrar en el marco concreto de la tipología prevista en la normativa aplicable. En ese caso, legalmente no hay consumidor y por lo tanto se trata de un contrato sin protección especial. Así por ejemplo, en los textos de DIPr europeos sobre jurisdicción y sobre derecho aplicable, la protección beneficia al consumidor (siempre persona física) "pasivo", que sería el que es "atacado" por la ofensiva contractual del empresario, pero no al consumidor "activo", que es aquel que motiva la contratación. Sin llegar a ser tan clara la distinción, también puede ejemplificarse la cuestión con la Ley argentina N° 24.240, cuyo art. 1 incluye en el concepto de consumidor a las:

> "(...) personas físicas o jurídicas", [públicas o privadas, pero lo limita a aquellas] "que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada".

El art. 2 excluye no obstante del concepto de consumidor a "(...) quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros", es decir, el consumidor-empresario; la *ratio* de esta exclusión es que este consumidor –cliente (por oposición al consumidor final) ocupa en el mercado un nivel similar o más próximo al del fabricante, y compiten entre sí (Stiglitz). El art. 2 también excluye "los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas", precisamente porque ninguna de las dos partes actúa "en forma profesional", como exige dicha norma. En forma básicamente similar, el Código brasileño define como consumidor a "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final".

1133. El Código de Defensa del Consumidor de Brasil establece una política nacional que tiene por objetivo la atención de las necesidades de los consumidores, respecto de su dignidad, salud y seguridad, la protección de sus intereses económicos, el mejoramiento de su calidad de vida, así como

la transparencia y armonía de las relaciones de consumo (art. 4). Constituye un cuerpo de reglas homogéneo y amplio, que se puede denominar derecho del consumidor, como disciplina jurídica autónoma, con principios, conceptos e instrumentos propios (Benjamín, Marques). Consagra en forma expresa el derecho a la protección de la vida (art. 6, inc. 1) y la efectiva protección de daños (incs. 6 y 7). Recoge la solución española de protección de los necesitados (inc. 7) e incorpora como objetivos de la política nacional de relaciones de consumo, el mantenimiento de una asistencia integral y gratuita para el consumidor careciente (art. 5.1). En materia de acceso a la justicia, reconoce el derecho a la facilitación de la defensa de los derechos de los consumidores (por ej.: mediante la aplicación de reglas de inversión de la carga de la prueba) y la tutela de sus intereses colectivos y difusos (incs. 7 y 8). Prohíbe, como abusiva, la publicidad que contenga discriminaciones de cualquier naturaleza y califica como tales, entre otras, la publicidad que infrinja valores ambientales (art. 37.2).

1134. En los contratos con consumidores existe una desigualdad formal, que deriva de la falta de influencia del adherente-consumidor en la creación del contenido contractual. La libertad contractual del adherente "se reduce sólo a concluir el negocio", a decidir contratar; en consecuencia, no puede presumirse que el adherente consintió las cláusulas abusivas unilateralmente establecidas e incluidas en las condiciones generales de contratación. Dichas cláusulas son producto del abuso de la posición dominante, "susceptible de afectar la relación sinalagmática". Se caracterizan por no haber sido negociadas individualmente sino prerredactadas, por la no participación del adherente en la determinación de su contenido y porque éste constituye una infracción a las exigencias de la buena fe, ya que causa un desequilibrio relevante entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del adherente (Stiglitz). Cabe mencionar como ejemplos de lo que la legislación considera cláusulas abusivas, las que limitan la responsabilidad por daños y las que imponen la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (Ley argentina N° 24.240, art. 37). Sin perjuicio de la validez del contrato, dichas cláusulas se tendrán por no puestas; en todo caso, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor (art. 37, ídem).

Es indudable que la concepción del Estado como garante de la consecución de un grado determinado de justicia social, ha producido un profundo y radical giro en la extensión y los límites del principio de la autonomía de la voluntad, "que si ya en su formulación decimonónica partía de una errónea presunción de equilibrio entre contratantes, hoy en día carece de un respaldo general en la contratación en masa (...)". Esta es una de las materias donde aparece más "clara la necesidad de intervención" (Álvarez González). Cuando menores son las posibilidades efectivas de manifestar su condición de parte contractual, mayores deben ser los auxilios externos, a título de controles, a efectos de preservar el equilibrio de la relación contractual (Stiglitz). Un ejemplo de esa imprescindible intervención estatal es la Ley de condiciones generales alemana de 1976, que se aplica a los contratos tipo comerciales internacionales, y que establece como principio general en su art. 9 (1) que las cláusulas contenidas en las condiciones generales son inválidas si causan una desproporcionada desventaja a la parte que contrata con el otorgante, contraviniendo los principios de la buena fe. Y dentro de las cláusulas consideradas abusivas y generalmente prohibidas en los contratos con consumidores, se encuentran las cláusulas de elección de ley y tribunal. Si los redactores de contratos de adhesión destinados a la contratación masiva de bienes y servicios con consumidores, pudieran eludir las demás prohibiciones por la sencilla vía de cambiar la ley aplicable hacia un sistema jurídico carente de legislación protectora, todo el sistema de salvaguarda del consumidor simplemente no funcionaría. El punto tiene una importancia tal que merece dos epígrafes separados.

B) Jurisdicción internacional

1135. Cuando se admite la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, se presupone que se trata de aquellos contratos que han sido libremente negociados. Con respecto a los contratos de adhesión, en especial aquellos que se celebran con consumidores, estos sistemas tienen un marco protector sumamente limitativo que no permite funcionar ningún tipo de cláusula abusiva. Especialmente están prohibidas las cláusulas de elección de jurisdicción, con las que se suele pretender someter el caso a jurisdicciones inaccesibles para el consumidor, des-

provistas de una protección mínima para éste, o simplemente coincidentes con el país del empresario, así como buscar la aplicación de una legislación de fondo menos favorable para el consumidor. En sentido estricto no puede decirse que se limita la autonomía de la voluntad porque ésta directamente no existe si una de las partes es la que elije el foro y la otra sólo puede aceptar o rechazar la celebración del contrato.

Con todo, la limitación de la autonomía no es la única forma de proteger al consumidor en la contratación internacional. Las normas de jurisdicción modernamente también suelen brindarle foros de jurisdicción accesibles, como los de su propio domicilio o residencia, además de permitirle la opción de demandar ante los jueces de la sede de la empresa. Por ello, donde están vigentes estas normas de jurisdicción orientadas a la protección del consumidor, debe tenerse en cuenta que puede ser distinta la situación cuando nos situamos no en el momento de la celebración del contrato sino en el momento en el cual el consumidor quiere demandar a su cocontratante: en efecto, mientras en el momento de la celebración el consumidor no tiene ningún "poder", en el momento en que ha surgido la controversia el consumidor cuenta ya con el derecho a presentar la demanda ante los tribunales de su propio Estado y, precisamente por ello, la prohibición absoluta de la autonomía de la voluntad, que en principio busca protegerlo, puede resultar perjudicial para un consumidor que considere más conveniente para sus intereses llegar a un acuerdo con el empresario para plantear la controversia ante un juez que en principio carece de jurisdicción. Por esta razón tanto la norma comunitaria europea (el Reglamento 44/2001 y su precedente la Convención de Bruselas de 1968) como el Proyecto de Convención de la Conferencia de La Haya, prohíben la sumisión expresa en los contratos de consumidores, pero la admiten una vez que ha surgido el problema que motiva la reclamación o cuando es el consumidor quien la invoca. Es muy distinto concederle al consumidor el derecho de demandar en su propio Estado a obligarlo a demandar allí, ya que, en determinadas situaciones, puede ser el propio consumidor el que considere beneficioso para sus pretensiones legítimas demandar en un Estado diferente al de su domicilio o residencia.

El *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, sección 80, establece que el acuerdo de las partes relativo al lugar de la acción será validado

salvo que sea injusto o no razonable. La cláusula de elección del foro será válida siempre que no se trate de contratos con consumidores, cuando sea el resultado de una negociación libre entre partes económicamente iguales, cuando no esté afectada por fraude o por existir un poder de negociación superior y cuando no se demuestre que la validación de la cláusula privaría a una parte de la oportunidad de ser oída y de entablar su demanda (Scoles & Hay). Parece razonable inferir que los tribunales estadounidenses no reconocerían validez a una cláusula de jurisdicción inserta en las condiciones generales impresas de un contrato de adhesión, ya que en este caso, por definición, no se darían los requisitos antedichos de libre consentimiento, negociación libre e igual poder de negociación. No obstante, ello no siempre es así (después de todo, el *Restatement* no es derecho positivo), como lo demuestra el caso *"Carnival Cruise Lines Inc. c/ Shute"*, 499 U.S. 585 (1991), en el cual la Corte Suprema norteamericana admitió la validez de la cláusula de jurisdicción en un contrato de consumidores de servicios (transporte en un crucero) que obligaba de hecho a los damnificados a presentar la demanda en el otro extremo de los Estados Unidos (el fallo fue severamente criticado, entre otros, por Juenger y Borchers y, entre nosotros, por Fernández Arroyo).

1136. Una situación particular se viene debatiendo en la doctrina de DIPr respecto de los contratos de consumidores *on line*, es decir, a través de la red. En ausencia de una reglamentación material o conflictual en vigor (éste sería tal vez un campo muy propicio para la existencia de normativa material), la solución de las controversias puede ser aún más complicada en este tipo de contratos internacionales. Como señalamos en Cap. 1.IV.1, la multiplicación exponencial de contratos celebrados de esta manera, lleva a preguntarse legítimamente si esa solución que aparece como tan justa y lógica en contratos de consumo en general, que pasa por prohibir o limitar la autonomía para proteger al consumidor, puede resultar también aplicable a la contratación a través de Internet. Como se ha advertido muchas veces, si se admite esa solución general, la oferta de productos y servicios por medio de la red quedaría limitada sólo a las grandes empresas, que serían las que están en condiciones de organizar una adecuada previsión de eventuales pleitos contra ellas en

cualquier país del mundo (cualquier país donde haya una computadora conectada a la red y una persona con deseos de consumir), bajo las reglas de ese país. Como ya dijimos, existen al menos dos posibilidades para evitar este tipo de situaciones: una consiste en evitar, mediante un artilugio técnico, que el sitio en la red del proveedor de bienes o servicios esté operativo en aquellos países en los cuales él no quiere verse potencialmente demandado (Palao Moreno); otra, más ambiciosa, es alcanzar algún tipo de reglamentación material especial que sea generalmente aceptada (Juenger). En la medida en que alguna de estas opciones no esté operativa, los "pequeños" proveedores deberán tener mucho cuidado con las consecuencias que puede tener su actividad cibernética.

1137. En el ámbito geográfico del MERCOSUR, el problema de la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo ha sido regulado en el Protocolo de Santa María de 1996 que ya ha sido tratado previamente (ver Cap. 4.II.2). Recuérdese que el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994 (también tratado en Cap. 4.II), autoriza la elección de jurisdicción por las partes siempre y cuando la misma "no haya sido obtenida en forma abusiva" (art. 4), pero excluye expresamente los contratos laborales, los de venta al consumidor, los de transporte y los seguros (art. 2). Es decir, que el Protocolo de Santa María ha venido a completar esta laguna. En él se establece como regla general la jurisdicción de los jueces del domicilio del consumidor (art. 4), pero permitiéndole a éste demandar ante otros jueces (art. 5, los del lugar de celebración del contrato, los del lugar de cumplimiento y los del domicilio del demandado). A cambio, el protocolo autoriza al "proveedor", bajo ciertas restricciones, a desarrollar su actividad procesal ante los jueces de su propio domicilio (art. 9).

C) Derecho aplicable

1138. La otra vía por la cual los predisponentes de cláusulas abusivas en contratos con consumidores podrían intentar escapar a las disposiciones de orden público que protegen a los mismos, sería introducir una cláusula que hiciera aplicable un derecho diferente y carente de sistema de protección al consumidor. Obviamente tal maniobra no puede permi-

tirse o simplemente el sistema de protección no funcionaría nunca. Las invocaciones de la autonomía de la voluntad de las partes en esta materia carecen de todo asidero, especialmente si consideramos que estamos tratando un punto en el cual por definición no existe el libre consentimiento. No parece posible por lo tanto, que en estos casos pueda considerarse que la parte que adhiere haya prestado un consentimiento sustancialmente válido a la cláusula de elección de la ley. Más aún, no sería posible afirmar que "las partes" han elegido el derecho que ha de regular el contrato. En todo caso podría sostenerse que una de las partes ha elegido el derecho aplicable, y la otra ha adherido a esa y a las demás cláusulas del contrato, porque así lo quiso o porque no tenía más remedio, porque la alternativa era no contratar.

Pero más allá de esto, que ya había sido dicho antes, lo que interesa aquí es mencionar cuáles son las respuestas que los legisladores utilizan para proteger al consumidor ante esas elecciones abusivas de otros derechos. La fórmula central no parece pasar por evitar la autonomía de la voluntad absolutamente sino en impedir que la elección de un derecho lleve a la inaplicación de las normas imperativas que serían aplicables de no existir elección. Es decir, no tendría por qué haber especial problema en que se aplique un derecho u otro en tanto se resguarde la aplicación de los criterios de protección de la ley normalmente aplicable que merezcan calificarse como normas materiales imperativas en el ámbito internacional. Además, fuera de la elección del derecho o prohibida totalmente la misma, las normas indirectas aplicables pueden orientarse materialmente hacia la protección del consumidor. En los países que cuentan con legislaciones protectoras para los contratos de consumo internacionales, se suele dar un paralelismo con la solución prevista para la jurisdicción internacional, estableciendo en principio como aplicable el derecho del lugar de domicilio o residencia habitual del consumidor, como el más ligado a sus posibles expectativas.

2. Contratos de trabajo

1139. En los contratos de trabajo también se da una situación de desigualdad entre las partes (empleado y empleador), no sólo económica,

sino fundamentalmente en cuanto al poder de negociación. Por ello es un valor admitido en el derecho laboral que las normas de protección al trabajador son de orden público y que se encuentran fuera del alcance de la voluntad de las partes, siendo nulos los pactos en contrario. Y si no se puede renunciar a la tutela protectora del derecho del trabajo, tampoco puede variarse el mismo mediante pactos de elección de ley aplicable. Por eso es que se ha dicho que, en el campo de las relaciones laborales y de los contratos de trabajo, en el cual las disposiciones legales incluyen prácticas de negociación colectivas, la autonomía de la voluntad "es casi una especie extinguida" (Delaume). Así lo entendió la SCJ de los Estados Unidos en el conocido caso *"Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California"* (294 U.S.532 (1935), aplicando el *California Workmen's Compensation Act* en vez del de Alaska, como se establecía en el contrato de trabajo firmado por el trabajador reclamante.

1140. Aunque muchas de las afirmaciones generales hechas en torno a los contratos de consumidores también resultan válidas aquí (en esencia, se trata de contratos "desequilibrados" por definición), el contrato individual de trabajo presenta algunas particularidades. Especialmente, debe notarse que, además de las normas de protección (que sufren un claro retroceso en los últimos años), en muchos países existen instituciones sindicales fuertes, bien organizadas y preocupadas por la defensa de los derechos de cada trabajador que representan. Podrá decirse que también existen asociaciones de defensa de los consumidores, pero en el caso de los trabajadores existe representación directa e incluso "pertenencia" (afiliación, más o menos obligatoria) a los sindicatos. Lo dicho tiene relevancia, entre otros puntos, en el dato de que la obsesión por la prohibición absoluta de la autonomía de la voluntad respecto de la regulación de la relación laboral, puede resultar más perjudicial para el trabajador que una libertad con límites a su favor. El ejemplo de la evolución de la reglamentación comunitaria europea de DIPr es sumamente ejemplificadora sobre el particular, y puede tener mucho interés a la hora de elaborar reglas sobre la materia, que juzgamos muy necesarias para el ámbito mercosureño (recuérdese que el Protocolo de Buenos Aires de 1994 excluye expresamente los contratos de trabajo y que, lo que pue-

de ser peor, la Convención de México sobre derecho aplicable, no los excluye de su ámbito de aplicación).

En la UE, en materia de jurisdicción internacional, la Convención de Bruselas de 1968 (que no incluía ninguna regulación particular para los contratos de trabajo en su redacción original) incorporó a partir de su versión de San Sebastián de 1989 (la motivada por el ingreso de España y Portugal a la Comunidad) una doble reglamentación: a) una norma de jurisdicción que establece la competencia del juez del lugar en el cual el trabajador desempeña habitualmente su actividad y, para los casos en que el trabajo no se realiza en un único Estado, otorga la facultad de demandar a su empleador en el Estado donde está o estuvo el establecimiento que lo contrató (además de la jurisdicción del domicilio del demandado); b) una clara limitación a la autonomía de la voluntad, estableciendo que los acuerdos de prórroga sólo son válidos si son posteriores al nacimiento del litigio o, siendo anteriores, si es el trabajador quien los invoca. A diferencia de esto, la Convención de Lugano de 1988 (que "amplió" la aplicabilidad de las reglas contenidas en la Convención de Bruselas a otros países europeos no comunitarios), en su afán por proteger al trabajador, prohíbe la eficacia de los acuerdos anteriores al nacimiento del litigio, sin importar quién pueda pretender invocarlos. La inconveniencia de esta regla fue rápidamente percibida por los autores de la versión de San Sebastián, permitiendo que el trabajador invoque las cláusulas de elección del foro insertas en el contrato. Piénsese que puede suceder que en el país mencionado en la cláusula, el trabajador puede gozar de una protección mejor y mayor que en el lugar donde desempeña habitualmente el trabajo por múltiples razones; entre otras, en ese país los sindicatos pueden ser poderosos y poner a disposición del trabajador los mejores abogados laboralistas.

El Reglamento 44/2001 de la UE, en vigor desde 2002, que reemplaza la Convención de Bruselas, mantiene el mismo espíritu protector (arts. 18 a 21) realizando algunos cambios: por un lado, establece expresamente que el empleador sólo puede demandar al trabajador ante los jueces del domicilio de éste; por otro, dispone que cuando un trabajador contrata con una empresa que no tiene su domicilio en un Estado miembro, pero sí tiene en un Estado miembro una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará para todos los litigios que de-

riven de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro.

En cuanto al derecho aplicable, la Convención de Roma de 1980 somete el contrato de trabajo a la ley del Estado de realización habitual del trabajo y, si el trabajo se realiza en más de un Estado, a la ley del país en el que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador, salvo que "del conjunto de circunstancias" resulte que el contrato está más vinculado con otro Estado (art. 6.2). Por otro lado, se limita también la autonomía de la voluntad, señalando que las partes pueden elegir un derecho aplicable distinto al indicado, pero que éste "no puede privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable de no mediar elección" (art. 6.1). En el contexto de la Convención de Roma, queda claro que tanto la ley elegida por las partes como la ley aplicable en defecto de elección no excluyen la aplicación de las normas de policía que pudieran existir, ni pueden descartar el juego del orden público internacional del país del juez.

Cabe agregar que la Comunidad Europea, juzgando insuficiente la protección antes reseñada respecto de los desplazamientos temporales de trabajadores, adoptó en 1996 una Directiva (96/71/CE, de 16/12/1996) relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Mediante ella se pretende garantizar a los trabajadores desplazados la protección laboral del Estado miembro en el que se encuentran, independientemente del derecho que resulte aplicable al contrato de trabajo, estableciéndose, entre otras cosas, que el trabajador tendrá abierto a su favor, además de otros foros que le correspondan en virtud de las normas vigentes, el foro de competencia del país donde se encuentre temporalmente desplazado (art. 6). La Directiva deja intactas las soluciones contenidas en la Convención de Roma, pero impone a los Estados la aplicación (a los trabajadores que se encuentren desplazados temporalmente en su territorio) de un conjunto de medidas de carácter imperativo, aplicables cualquiera sea la ley rectora del contrato (art. 3.1).

1141. La jurisprudencia uruguaya ha enfrentado este problema con relación a los contratos de ajuste de gente de mar. En los mismos, una agencia marítima situada en el país, contrata personal para trabajar a bordo de un buque de bandera extranjera, cuyas tareas se van a desem-

peñar en aguas internacionales y puertos lejanos al país. Sciarra describe una serie de casos jurisprudenciales en Uruguay, donde se plantearon dudas tanto sobre la ley aplicable como sobre la jurisdicción competente. Respecto a la ley aplicable existen dos criterios posibles, el de la ley de celebración (a la cual se remite el TMDCI de 1889 en su art. 19) o por la ley del lugar de cumplimiento, la que tratándose de servicios en un buque se equipara a la ley de bandera del mismo (criterio que sigue el TMDNComI de 1940 en su art. 20). Este último debería ser el criterio general en ausencia de tratado vinculante por remisión al lugar de cumplimiento por parte del art. 2399 CC. La jurisprudencia laboral no obstante ha tenido vacilaciones enormes al respecto. Sciarra cita una sentencia del Juzgado Letrado del Trabajo de 2° Turno (N° 23/82) en la que se llegó a la conclusión que la ley aplicable era la de bandera del buque y se declaró incompetente al tribunal por entender que ello implicaba la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la ley del pabellón. En segunda instancia el Tribunal de Apelaciones del Trabajo revocó esta decisión por entender que remitiéndose el art. 2399 CC a las reglas de interpretación del TMDCI de 1889, el art. 32.c del mismo nos remitía a la ley y el tribunal del domicilio del deudor al tiempo de la celebración: o sea el domicilio del trabajador, con lo cual asumió competencia y aplicó la ley uruguaya.

En otro caso posterior, el Juzgado del Trabajo interviniente aceptó la jurisdicción en base a la invocación del art. 2401 CC que permite seguir las acciones personales patrimoniales ante el tribunal del domicilio del demandado y sosteniendo que el armador tenía domicilio en la agencia marítima que había celebrado el contrato. El Tribunal de Apelaciones, si bien confirmó esta sentencia, lo hizo por otros fundamentos, reiterando su criterio anterior de aplicar la ley nacional como ley de lugar de cumplimiento, en función de su peculiar interpretación del art. 2399 CC y del art. 32.c del TMDCI de 1889. Ello implicaba remitirse a la ley y tribunal del domicilio del deudor (el trabajador) al celebrar el contrato y fijando por tanto no sólo la jurisdicción nacional sino la aplicación de la ley local. Sciarra considera absolutamente inadecuada esta solución a la realidad de la navegación ya que un mismo barco tendría personal con distintos estatutos laborales según el lugar de domicilio original de sus empleados al ser contratados. Obviamente la solución correcta es la de

considerar a ley de bandera como ley del lugar de cumplimiento. Pero al mismo tiempo se debe permitir a los trabajadores demandar al armador ante los tribunales locales, según la regla del art. 2401 CC (jurisdicción del tribunal del domicilio del demandado) aceptando que un armador tiene domicilio en el país en el local de la agencia marítima que lo representó en la firma del contrato. Lo contrario implicaría dejar desprotegidos a los trabajadores, enfrentándolos a una denegación de justicia, al obligarlos a iniciar acciones en jurisdicciones lejanas y absolutamente fuera de su alcance.

3. Contratos de seguro

A) Tipología y problemas

1142. El seguro está íntimamente vinculado al comercio internacional, pues no se concibe ninguna operación de comercio exterior sin que se contraten seguros, ya sea por parte del comprador o el vendedor, por los transportistas, por los constructores de obras o prestadores de servicios. Los contratos de seguros están fuertemente imbuidos por normas imperativas por tratarse generalmente de contratos de adhesión en los que el desequilibrio entre aseguradores y tomadores de seguros es considerable y también porque la regulación de la actividad aseguradora es un elemento importante de la política económica de un país, regulación que afecta en muchos casos los términos de la contratación. Estas características del contrato de seguro se traslucen en el plano internacional en acentuadas restricciones a la autonomía de la voluntad, cuando no en prohibiciones directas de pactar la jurisdicción o la ley aplicable.

1143. El TMDComTI (1940) otorga jurisdicción internacional en materia de seguros terrestres y sobre la vida a los jueces cuya ley es aplicable o a los jueces del domicilio de los aseguradores, o en su caso de sus sucursales o agencias o los del domicilio de los asegurados (art. 13). La ley aplicable al seguro de vida es la del Estado donde está domiciliada la compañía aseguradora o sus sucursales o agencias (art. 12). En cuanto a los demás seguros terrestres, la ley aplicable es la del Estado donde están situados los bienes objeto del seguro a la época de su celebración

(art. 12), lo que puede implicar otra jurisdicción diferente a la del domicilio de la aseguradora o del domicilio del asegurado, aunque generalmente coincidirá con uno de ellos.

En los seguros marítimos y aéreos tienen jurisdicción los jueces del domicilio de las aseguradoras o en su caso de sus sucursales o agencias, pero si éstas promueven la demanda pueden optar por la jurisdicción del domicilio del asegurado (arts. 30 y 43 del TMDNComI de 1940). La ley aplicable a los seguros marítimos y aéreos es la del domicilio de la sociedad aseguradora o sus sucursales o agencias (arts. 28 y 43 del TMDNComI de 1940).

El TMDComI (1889) atribuye jurisdicción a los jueces del domicilio legal de las sociedades aseguradoras o de sus sucursales, con relación a las acciones que se promuevan contra ellas en virtud de contratos de seguros (art. 10), norma que resulta aplicable tanto a seguros terrestres como marítimos. Hay que entender que las aseguradoras cuando son actoras pueden optar por demandar ante los jueces del domicilio del demandado (Boggiano) por aplicación del art. 56 TMDCI del mismo año.

La ley aplicable a los seguros terrestres y marítimos es la del lugar de situación del bien objeto del seguro al momento de la celebración del contrato (art. 8 TMDComI 1889).

1144. El Código Bustamante no tiene normas especiales de jurisdicción para las acciones derivadas del contrato de seguro, por lo que se aplican las normas generales referidas a acciones personales que permiten pactar la jurisdicción o prorrogarla (art. 318 CB) y, en ausencia de sumisión expresa o tácita, se consideran competentes los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación y en su defecto los del domicilio del demandado y subsidiariamente los de su residencia (art. 323 CB).

El contrato de seguro contra incendios se rige por la ley del lugar donde se encuentre la cosa asegurada al momento de la celebración del contrato (art. 261) y en los demás seguros se sigue la regla general, esto es se aplica la ley personal común de las partes y en su defecto la ley del lugar de celebración (art. 262).

1145. El Protocolo de Buenos Aires no resulta aplicable para determinar la jurisdicción internacional respecto de las acciones derivadas del

contrato de seguro, ya que está expresamente excluido (art. 2). Por su parte, la Convención de México de 1994, si entrara en vigencia en los países del MERCOSUR, resultaría aplicable a estos contratos, ya que no figuran entre los excluidos del art. 5, ni tienen una regulación autónoma que los excluiría (art. 6).

1146. No existen normas específicas sobre jurisdicción internacional en materia de seguros en la dimensión autónoma argentina, salvo las referidas a seguros marítimos (arts. 620 y 621 de la Ley N° 20.094). El art. 621 permite solamente la prórroga de jurisdicción con posterioridad a la producción del hecho generador de la controversia, norma que recoge la solución jurisprudencial a partir del caso *"Compte c/ Ybarra"*, 16/11/1936 (*LL*, 4-925). Carecen de virtualidad, entonces, los pactos de jurisdicción contenidos en los contratos de seguros marítimos. En ausencia de pacto de jurisdicción válido, el art. 620 de la Ley N° 20.094 atribuye jurisdicción a los jueces argentinos cuando el domicilio del asegurador está en Argentina o tiene en el país sucursales o agencias. El asegurador tiene opción de litigar también ante los tribunales del domicilio del asegurado.

El art. 16, primer párrafo de la Ley de seguros N° 17.418 de 1967 dispone: "se prohíbe la constitución de domicilio especial. Es admisible la prórroga de la jurisdicción dentro del país". El art. 57 de la misma ley dice: "son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza. La valuación del daño puede someterse a juicio de peritos". Puede discutirse si se trata de normas referidas solamente a los contratos internos o si comprenden a los seguros internacionales. Boggiano sostiene que son válidos los pactos de jurisdicción en materia de seguros internacionales, por aplicación del art. 1 del CPCN, ya que la naturaleza patrimonial de la materia resulta indudable. Nosotros pensamos que la autorización para pactar la jurisdicción dentro del país (art. 16) debe extenderse por aplicación del art. 1 del CPCN a jurisdicciones extranjeras, ya que la reforma de esta norma se produjo en 1976, con posterioridad a la sanción de la ley de seguros. Sin embargo creemos que no pueden convalidarse pactos de jurisdicción insertos en la póliza de seguros o en otra documentación cuando la modalidad sea por adhesión. La naturaleza patrimonial del seguro ha de permitir acordar la jurisdicción, pero las características de la contratación pueden invalidarla.

La solución que propiciamos es concordante con la prohibición de pactar acuerdos arbitrales en la póliza (art. 57). Nada obstaría en nuestra opinión a que se pactara la jurisdicción o el arbitraje en casos internacionales con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que suscitan la controversia o eventualmente antes, cuando las modalidades de contratación impliquen la existencia de un auténtico consentimiento del asegurado a dichas cláusulas. Se aplican entonces las normas generales sobre jurisdicción en materia contractual (arts. 1215 y 1216 del CC, que atribuyen competencia a los jueces del domicilio del demandado o del lugar de cumplimiento del contrato, entendido según la jurisprudencia, caso *"Exportadora Buenos Aires c/ Holiday Inn's"*, 20/10/1998 (*LL*, 2000-A-404), como el lugar de cumplimiento de cualquiera de las prestaciones (ver Cap. 25.V.1).

1147. Hay que distinguir las acciones emergentes del contrato de seguro, es decir controversias que se planteen entre el asegurado y la compañía aseguradora, de las acciones derivadas de cualquier otro contrato, en las que la aseguradora, subrogándose en los derechos de su asegurado a quien pagó, ejerce las acciones que le correspondían a éste, que son las que con mayor habitualidad se plantean ante los tribunales (art. 80 Ley de seguros argentina N° 17.418). En los casos de subrogación la jurisdicción es la que resulte del contrato o relación jurídica existente entre el asegurado y el tercero, por ejemplo, un contrato de transporte. Así fue resuelto en el caso *"Cía Adriática de Seguros c/ Navego"* por los tribunales de San Pablo el 8/6/1978 (*Rev. dos Trib.* n° 515-92), en el que se tuvo en cuenta la jurisdicción en la cual debería haber accionado el asegurado contra la empresa marítima, para determinar el juez competente en la acción iniciada por la compañía de seguros contra aquélla, lo que se acepta pacíficamente en los demás países del MERCOSUR.

1148. En Argentina, el art. 2 de la Ley N° 12.988 de 1946 estableció la prohibición de asegurar en el exterior bienes, personas o intereses de jurisdicción argentina. La jurisprudencia se pronunció sobre esta norma en el caso *"Pellegrini c/ Acedra"*, CNCom-B, 7/5/1980 (*ED*, 88-404) en el que se trataba de un seguro de vida contratado en el extranjero. La CSJN aplicó la Ley N° 12.988 en dos casos del 6/7/1970 *"Johnson &*

Johnson de Argentina S.A." y *"Sudamtex S.A."*, resolviendo que no se infringía la norma de policía del art. 2 porque la vendedora había contratado el seguro en el extranjero y la compradora contrató igualmente seguro en Argentina, interpretando que la norma tiende a proteger el interés de las compañías de seguros argentinas. Evidentemente, la liberalización y apertura del comercio internacional, experimentadas durante la década de 1990, han tornado anacrónica esta norma. No se conocen antecedentes de aplicación de la multa según información proporcionada por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

La Resolución 589/95 del Ministerio de Economía, del 14 de mayo de 1995 permite a las sucursales y agencias de compañías de seguros extranjeras autorizadas en Argentina a asegurar riesgos de importadores argentinos y ha significado en la práctica que los riesgos de importación pueden ser colocados en el extranjero directamente (López Saavedra).

B) Reaseguro y coaseguro

1149. El reaseguro es un contrato de seguro entre el reasegurador y la empresa aseguradora para reembolsar a esta última cuanto ella deba pagar en razón del o de los contratos de seguro por ella celebrados, que por sus exigencias técnicas tiene un carácter eminentemente internacional. A diferencia de los contratos de seguro, en los que en muchos casos el asegurado simplemente adhiere a una relación contractual que se le propone, en el contrato de reaseguro las partes tienen la posibilidad de discutir, negociar o en definitiva optar por las condiciones más convenientes a sus intereses. Por estas razones, la necesidad de protección del asegurado, como parte débil del contrato de seguro, no aparece como una necesidad esencial en el contrato de reaseguro (López Saavedra, Peruchi). Pueden existir, como de hecho existen, compañías de seguros de distinto porte, pero ahí no se da, en principio, la confrontación entre una categoría jurídica fuerte y otra débil, sino que se trata de una diferencia económica propia del sistema de mercado. Es por eso que el Protocolo de Buenos Aires de 1994 se aplica a los contratos de reaseguro, ya que las razones que determinan la exclusión del contrato de seguro (art. 2), no se encuentran presentes en el reaseguro. Los Tratados de Montevideo de 1940 no contienen normas sobre jurisdicción internacional en materia de reaseguros,

por lo que deben entender los jueces cuya ley sea aplicable al contrato de reaseguro o los del domicilio del demandado (art. 56 TMDCI 1940) y se admite la prórroga *post-litem* autorizada por el art. 56, último párrafo. En nuestra opinión es aplicable esta norma general del art. 56 y no las referidas a seguros (art. 13 TMDComTI 1940), por las diferencias que hemos señalado entre uno y otro contrato. Además si se aplicara el art. 13 TMDComTI 1940, la existencia de varios reaseguradores domiciliados en distintos países podría abrir demasiadas jurisdicciones, cuando muchas veces el asegurador contrata con un intermediario, sin saber a ciencia cierta quiénes serán los reaseguradores.

Del mismo modo, no rige para el reaseguro el carácter imperativo de las normas que no pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes en el contrato de seguro (art. 158 de la Ley argentina N° 17.418 de 1967). Cabe entonces la posibilidad de pactar la jurisdicción, acuerdos arbitrales y la ley aplicable al contrato de reaseguro. En la década de 1990 se ha producido una liberalización de la actividad reaseguradora en todos los países del MERCOSUR, que había estado monopolizada por el Estado durante varias décadas, lo que incrementa indudablemente las contrataciones internacionales de reaseguros.

1150. En materia de reaseguros marítimos o aéreos no existe diferencia si se aplica el art. 56 TMDCI 1940 o el art. 30 del TMDNComI 1940. En los Tratados de Montevideo de 1889 la situación es similar a los Tratados de 1940, por lo que habrá de aplicarse el art. 56 TMDCI 1889 y no el art. 10 TMDComI 1889. En consecuencia, se puede demandar ante los jueces cuya ley es aplicable al contrato, que en este caso sería el país donde esté situado el bien objeto del seguro en la época de su celebración (art. 8 del TMDComI 1889) o ante los jueces del domicilio del demandado.

1151. En la dimensión autónoma de Argentina no existen normas específicas de jurisdicción internacional para el contrato de reaseguro, por lo que deben aplicarse las normas de jurisdicción sobre contratos en general. No consideramos aplicable al contrato de reaseguro el art. 16 de la Ley N° 17.418, por lo que puede pactarse la jurisdicción en los contratos de reaseguro (art. 1 CPCN) (López Saavedra), pero otros autores

reconocidos en materia de seguros han sostenido la imposibilidad legal de pactar la jurisdicción internacional en materia de reaseguros por considerar aplicable al reaseguro el art. 16 de la Ley N° 17.418 (Perucchi). Con la misma idea, estimamos que en materia de reaseguro marítimo no se aplican ni el art. 620 ni el 621 de la Ley de navegación N° 20.094, sino los arts. 1215 y 1216 del CC, además del art. 1 del CPCN, que autoriza los pactos de jurisdicción.

Las controversias derivadas de contratos de reaseguro son susceptibles de someterse a arbitraje, ya que el art. 57 de la Ley N° 17.418 que prohíbe las cláusulas compromisorias en la póliza de seguro, no se considera aplicable al reaseguro (Morandi, Franco Tortora). Cuando entren en vigencia los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR, resultarán aplicables a los acuerdos arbitrales en contratos de reaseguros (ver cap. 4.IV).

Con relación a la ley aplicable a los contratos de reaseguro, tampoco existen normas especiales, por lo que para algunos autores, de acuerdo a las normas generales sobre contratos y a las características del reaseguro, rige la autonomía de la voluntad (Perucchi, Franco Tortora), aunque otros, en su mayoría especialistas en derecho de seguros, niegan esta posibilidad. Al elaborarse en Argentina el Anteproyecto de 1993 sobre modificación del Título II de la Ley N° 17.418, que regula el reaseguro y que no ha tenido sanción legislativa, no se autorizaba a las partes a elegir la ley aplicable, y el art. 160, primer párrafo, disponía: "en los contratos de reaseguro en que sea parte un asegurador cedente autorizado a operar en el país, la ley aplicable será la argentina". En cambio, en los contratos de retrocesión, el proyectado art. 160, segundo párrafo establecía: "en los casos de retrocesiones en las que sea parte un retrocedente radicado en el exterior, se podrá elegir la ley aplicable, que en caso de ser extranjera, tendrá que sujetarse a los dispuesto por el art. 14 del Código Civil".

1152. En ausencia de elección del derecho aplicable, la determinación de la prestación característica en el contrato de reaseguro no es pacífica en el derecho comparado. De acuerdo a las normas y los principios generales sobre contratos en general, hay que tener en cuenta que la prestación característica en el contrato de reaseguro es la obligación del reasegurador, del mismo modo que en el contrato de seguro la prestación

del asegurador es la característica, es decir la obligación de cubrir el riesgo y no la de pagar la prima.

Sin embargo, en general no se considera que el contrato de reaseguro se rija por la ley del establecimiento del reasegurador, porque suele ser una conexión aislada, aleatoria y poco operativa. Aislada porque no suele coincidir con el lugar de establecimiento del asegurador-reasegurado, ni con la localización del riesgo, ni con el mercado afectado por la operación, cuando estas tres conexiones pueden o suelen coincidir en un mismo Estado, distinto al del establecimiento de la entidad reaseguradora; aleatoria porque la actividad de reaseguro se centraliza, en su mayor parte, en grandes entidades con sede en ciertos Estados, como el Reino Unido o Suiza, cuya ley resultaría, por tanto, repetitivamente aplicable; poco operativa porque en la mayoría de los casos el riesgo se dispersa entre diferentes reaseguradores establecidos en distintos Estados, por lo que la coherencia final de la operación aconseja centrar el régimen conjunto de la ley aplicable en torno a la ley del establecimiento del asegurador-reasegurado (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo).

El lugar de localización del riesgo se ha considerado como la conexión más estrecha en el contrato de reaseguro. El riesgo no puede ser identificado con el cubierto en el contrato de seguro directo, sino que es específico: una deuda eventual en el patrimonio del asegurador generada por la producción de un siniestro cuyo riesgo cubría el contrato de seguro directo (Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo). Propiciamos que en el ámbito de aplicación de la Convención de México de 1994, en ausencia de elección del derecho aplicable, se interprete que el contrato de reaseguro se rige por la ley del establecimiento del reasegurado, porque en ese país se localiza el riesgo y por lo tanto constituye el derecho con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 9).

1153. Dentro del ámbito de aplicación de los Tratados de Montevideo de 1940, consideramos que las normas de conflicto sobre seguros no resultan aplicables al reaseguro (por las razones antes apuntadas), por lo que dejamos de lado el art. 12 del TMDComTI 1940 y los arts. 28 y 29 del TMDNComI 1940 y acudimos al lugar de cumplimiento (art. 37 del TMDCI 1940), que debe ser calificado según el art. 38 del mismo Tratado. La asunción del riesgo, como prestación característica del contra-

to de reaseguros puede considerarse que se relaciona con un lugar especial, que es el establecimiento del reasegurado, lugar donde éste deberá cubrir el riesgo de una deuda que nace en su patrimonio a consecuencia de la obligación por él asumida como asegurador en un contrato de seguro (art. 38, última parte, inc. b). En el marco de los Tratados de Montevideo de 1889, dejamos de lado los arts. 8, 9 y 6 del TMDComI 1889, y según los arts. 33 y 34 TMDCI 1889, que son similares a los arts. 37 y 38 del TMDCI 1940, aplicamos al contrato de reaseguro la ley del domicilio del reasegurado.

1154. En el sistema autónomo argentino de DIPr no existen normas expresas, ni los autores que se dedican al DIPr se refieren a la ley aplicable al contrato de reaseguro, ni existe jurisprudencia que se haya pronunciado sobre el tema; las pocas sentencias dictadas en Argentina en materia de reaseguro, no han tratado la ley aplicable al contrato. Los especialistas en derecho de seguros se han inclinado por aplicar la ley del domicilio del reasegurado (Perucchi, López Saavedra), criterio adoptado por el Proyecto de reforma del Título II de la Ley N° 17.418 sobre contrato de reaseguro de 1993, elaborado por Juan Carlos Morandi, Eduardo R. Steinfeld, Héctor Perucchi, Norberto J. Pantanali y Enrique Quintana, criterio que compartimos. En síntesis, apoyamos la aplicación de la ley del domicilio o establecimiento del asegurador-reasegurado al contrato de reaseguro, cuando no se haya pactado la aplicación de otra ley al contrato, pacto que es claramente admisible.

4. Referencia a los contratos de adhesión en general

1155. El comercio internacional utiliza cada vez más mecanismos masivos y uniformes de contratación; uno de sus instrumentos jurídicos básicos es el contrato internacional de adhesión. Esta modalidad de contratación facilita la tarea de las empresas, al evitarse la etapa previa de negociación individual de las condiciones del contrato con cada cliente y su correspondiente implementación posterior. Resulta innegable que la negociación individual sería impracticable, por razones económicas, en un porcentaje considerable de la contratación comercial internacional. El

contrato de adhesión cubre la necesidad de contratación de las empresas con la masa de clientes –ya sean éstos individuos u otras empresas–, con las mismas condiciones en todos los casos, lo cual reduce enormemente los tiempos y los costos. Constituye la regla en materias como préstamos, transporte, seguros, distribución, franquicia, compra con ahorro, etcétera.

Partiendo de la base de que el contrato de adhesión es un instrumento imprescindible para el comercio internacional, ya que resultaría imposible en la práctica negociar individualmente todos los contratos con los consumidores individuales o empresariales, parecería conveniente que los foros de elaboración de normas internacionales (materiales o de conflicto) en materia de contratación internacional adopten las medidas pertinentes para que los contenidos de esos contratos no devengan imposiciones abusivas del predisponente, en desmedro de los intereses del adherente. En este mismo sentido nos advierte Rezzónico que en el derecho de los contratos se ha producido "una transformación de tal magnitud, que ha alterado en su raíz sus capítulos fundamentales. Es necesario que esto sea admitido, pues de lo contrario se persistirá en un camino tan infructuoso como ajeno a la realidad". Y agrega: "las cláusulas abusivas, las sorpresivas, las de exoneración de responsabilidad, forman un arsenal jurídico que despliega su fuerza ofensiva aun más allá del consumidor final, en el tráfico negocial entre empresas, en el comercio internacional".

No obstante ello, parecería que cuando en DIPr se maneja el tema contractual, se parte implícitamente de la base de que nos estamos refiriendo a lo que Rezzónico llama (citando a Carnelutti, Messineo y Josserand), "la figura tradicional del contrato", o sea a "una operación en que se imagina a las partes situadas una frente a otra discutiendo las particularidades del acuerdo (...)", en que "el contrato se pone sobre la mesa de discusión, se regatea, hasta que se logra componer o ajustar los varios e inicialmente opuestos –o por lo menos convergentes– intereses de las partes". Se refiere a ese "tipo venerable de contrato" (Josserand), "en que campea el verdadero querer de los contrayentes", que es "de común acuerdo, sin imposición, 'por las buenas', y en que parece materializarse de la manera más ortodoxa el consentimiento manifestado 'por ofertas o propuestas de una de las partes' y aceptado por la otra".

Pero como advierte Stiglitz, "la contratación entre libres e iguales, hoy es una categoría residual y en retirada, frente a la embestida de la

contratación predispuesta". La modalidad normalmente utilizada por los operadores del comercio internacional es la que recurre a las condiciones generales, estándar, unilateralmente establecidas, a las que en general se adhiere por necesidad –porque la alternativa es no contratar–, en que el adherente, aun cuando conozca dichas condiciones, e incluso las firme –situaciones éstas que no siempre se dan–, no consiente libremente las cláusulas preestablecidas. Frente a esta modalidad de contratación con cláusulas preestablecidas, por adhesión, "los cauces e instrumentos del derecho tradicional, pensados en función de la ideal y casi romántica bilateralidad chirrían y la máquina no funciona" (Díez-Picazo). Parece por tanto un enfoque equivocado el que apunta a regular en forma genérica los contratos internacionales partiendo de la base de los presupuestos tradicionales reseñados, porque éstos no existen en la contratación internacional en general. Dado que la contratación por adhesión a condiciones preestablecidas tiene características muy particulares y diferentes a las de los contratos individuales tradicionales, la misma debe ser considerada y regulada también en forma diferente desde el punto de vista jurídico. Aplicarle las mismas normas y principios que a los contratos negociados individualmente implicaría desconocer su problemática particular y sus diferencias jurídicas.

La necesidad de que el legislador –nacional o internacional– así como también los jueces, en la medida de las respectivas competencias, controlen los abusos y desequilibrios que introducen las condiciones generales de los contratos de adhesión en el comercio internacional parece innegable. La autonomía de la voluntad en cuanto autorización legal a las partes del contrato para elegir la ley reguladora del mismo y el juez competente para resolver eventuales litigios, "presupone e implica la concurrencia de determinados factores: libertad de elección de la parte contratante, libertad de negociación y elaboración del contrato". Estos factores no se dan en los contratos de adhesión y sus distintas variantes, aunque a primera vista las condiciones generales de éstos parecen una manifestación de la autonomía material (o de autorregulación de las partes), o conflictual (cuando las condiciones generales de contratación –CGC– incluyen una cláusula de elección de la ley). El solo hecho de la utilización de CGC "indica una preimposición unilateral que afecta directamente a las libertades de negociación y de formación del contenido

del contrato. Existe *a priori* un desequilibrio negocial de consecuencias económicas y jurídicas" (Álvarez González).

En el contrato de adhesión, "la voluntad no está solamente disminuida, hay en el campo de la determinación del contenido contractual, ausencia de una de las dos voluntades" (Berlioz). Y "la causa principal por la que la parte contractualmente fuerte impone sus intereses a su contraparte no es otra que la autonomía de la voluntad (...)" (Álvarez González). Reconoce Lando que si bien

> "(...) por un lado existen fuertes razones que requieren la autonomía de la voluntad (...), por el otro, existen argumentos igualmente convincentes contra la libertad de las partes de elegir la ley aplicable. Una parte débil enfrentada con la alternativa de adherir a los términos establecidos por la otra parte o de no contratar en absoluto, puede encontrar que esa libertad es ficticia. Más aún, algunos contratos son objeto de un intenso interés público. El principal propósito de la legislación que los regula es proteger a la parte más débil contra términos restrictivos injustos".

1156. Como ya hemos apuntado antes, existe una evidente diferencia entre los contratos celebrados por partes pertenecientes a distintas categorías jurídicas (empresarios y trabajadores, empresarios y consumidores, compañías de seguros y tomadores de seguro o asegurados, transportistas y pasajeros, bancos y clientes, etc.) y los contratos celebrados entre empresas o entre "comerciantes". En el primer caso, el desequilibrio entre la potencia negociadora de las partes es consustancial al contrato (son los típicos contratos con parte débil) y la protección de la parte débil, destinada a establecer un cierto equilibrio evitando abusos, se impone. En el segundo caso, la cuestión es mucho más matizable, aunque también operen las normas que imperativamente se oponen a los abusos de posición dominante. Existen, tanto en el orden local como internacional, grandes y pequeñas empresas, grandes y pequeños bancos, lo que es fácilmente visible y aceptado en el orden económico, y regulado por los Estados a fin de resguardar determinadas políticas como la lealtad comercial y la libre competencia. Aquí también puede haber una parte más débil que la otra, pero no se trata de supuestos que por definición o por regla general sean desequilibrados. Por eso, mientras en los típicos contratos con parte débil la regla es la imperatividad y la excep-

ción la disponibilidad (en tanto beneficie a la parte débil), en el segundo caso la regla es la de la libertad contractual con las debidas excepciones. El TJCE lo ha dejado claramente de manifiesto en la sentencia *"Sté Cape Snc c/ Idealservice SRL"*, de 22/11/2001, afirmando que las normas de la conocida Directiva 93/13 (de 5/4/1993) sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, sólo resulta aplicable cuando el consumidor es una persona física.

Frente a la común aceptación de esta distinción, algunos opinan que las limitaciones deben jugar de igual modo en todos los casos en que las partes no tienen exactamente el mismo poder de negociación. Como eso es difícil que se dé o, en todo caso, difícil de medir, la única salida a esa postura es la prohibición lisa y llana de la autonomía de la voluntad; de ese modo se parte de la patología para tratar los casos sanos, es decir, para evitar abusos se prohíbe la utilización de un mecanismo que puede ser muy beneficioso. Dicho esto debe quedar bien claro que la posibilidad de prohibir totalmente la autonomía de la voluntad, cualquiera sea la tipología del contrato, es una opción perfectamente legítima y asumible, aun cuando evidentemente no sea la tendencia actual de regulación. Si en un Estado se estima que la prohibición total o la limitación muy acusada de la autonomía es lo que mejor responde a sus intereses, el legislador está en su pleno derecho soberano de adoptar una legislación acorde a dicho postulado. En unas épocas para bien y para mal ya superadas, algún autor llegó a asimilar incluso la situación de las partes pertenecientes a países en desarrollo con el *status* del consumidor (Brown), por considerar que ambas situaciones tenían un elemento común: el menor poder de negociación de las condiciones del contrato frente a partes más poderosas contractualmente. En el Estado actual de internacionalización de la economía tal afirmación, de dudosa validez en aquella época, pierde todo su sentido.

Los Estados que han abrazado mansamente la economía de mercado en su versión más descarnada tienen, no obstante, el poder para establecer normas imperativas reguladoras de los abusos de ese mercado. Otra cosa es que no lo usen o que sucumban a las presiones de otros Estados o de organismos internacionales (cuando no del mismo "mercado") para no adoptar dichas reglas o derogarlas cuando ya existen. Dichas normas de policía tendrían que tener precisamente como función impedir

las distorsiones y los malos usos de la libertad comercial, que es un requisito esencial del sistema.

Ahora bien, mientras el vehículo usado sea el contrato de adhesión, es difícil aceptar en líneas generales la eficacia de las cláusulas de elección del juez o del derecho aplicable, sobre todo en tanto no existan idénticas condiciones de competencia y de regulación o desregulación del mercado. Tal vez sea por esta razón que el Tribunal de Justicia de la CE haya aceptado reiteradamente la validez de las cláusulas de jurisdicción insertas en un conocimiento de embarque, como sumisión expresa derivada de los usos del comercio internacional (art. 17 de la Convención de Bruselas, actual art. 23.1.c Reglamento CE 44/2001). La discusión estribaría entonces en decidir si las claúsulas de elección del juez y/o del derecho incluidas en contratos de adhesión entre empresas (el dato de que sea entre empresas es fundamental) pueden aceptarse en determinadas circunstancias, en tanto reglas normales del comercio internacional, del mismo modo que se aceptan en principio todas las demás cláusulas de esos contratos (como se ha hecho en Europa), y si se aceptan, cuáles son las condiciones a las que se verán sometidas dichas cláusulas. Existe siempre, obviamente, la posibilidad de negar cualquier eficacia a la autonomía de la voluntad dentro de los contratos de adhesión, incluso cuando ambos contratantes tienen un poder económico semejante. En este sentido, Santiago Álvarez González ha señalado que existen "nuevas dimensiones del concepto de debilidad contractual, no siempre coincidentes con el de debilidad social o económica", donde la debilidad se basa en la ausencia de poder de negociación, derivada de la particular modalidad de contratación empleada.

II. Contratos de compraventa: Convención (ONU) sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980) y otros textos

1157. Los contratos de compraventa internacional de mercaderías están regulados preponderantemente por normas materiales uniformes y por usos del comercio internacional. Además la autonomía de la voluntad material tiene amplio campo de expansión en la compraventa, por lo que juega también un rol muy importante. La aplicación de un dere-

cho nacional por remisión de las normas de conflicto queda limitada a determinados aspectos, mucho menores que en otras materias, aunque la determinación de la ley aplicable no deja de tener su importancia pues influye en la aplicación de las normas materiales uniformes, como veremos más adelante.

Los tratados que unifican derecho material en esta materia son la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, suscripta en Viena el 11 de abril de 1980; la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, suscripta en Nueva York el 14 de junio de 1974, Convención que fue enmendada por el Protocolo suscripto en Viena el 11 de abril de 1980, para adecuarla a la Convención de compraventa, y la Convención de UNIDROIT sobre la representación en materia de compraventa internacional de mercaderías, suscripta en Ginebra el 17 de febrero de 1983.

La Convención de Viena de 1980 se encuentra vigente en 62 Estados al 1°/12/2002; entre los países del MERCOSUR son partes: Argentina (Ley N° 22.765 de 1983) ratificación del 19/7/1983, vigencia 1/1/1988 y Uruguay (Ley N° 16.879 del 8 de octubre de 1997), ratificación del 25/1/1999, vigencia 1/2/2000 y Chile entre los asociados (Decreto N° 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado el 3 de octubre de 1990), ratificación del 7/2/1990, vigencia 1/3/1991. Bolivia, Brasil y Paraguay no la han aprobado. En cuanto a la Convención de Nueva York de 1974 y su Protocolo de 1980 se encuentran vigentes, respectivamente, en 24 y 17 Estados; entre los países del MERCOSUR y asociados, son parte Argentina (Leyes N^{os} 22.488 y N° 22.765) ratificación 9/10/1981 y 19/7/1983, vigencia 1/8/1988 y Uruguay (Ley N° 17.746 del 21/5/1996), ratificación del 1/4/1997, vigencia 1/11/1997. En cambio, la Convención de Ginebra de 1983, no ha entrado en vigencia al 1°/12/2002, pues requiere diez ratificaciones (art. 33) que no ha obtenido hasta esa fecha.

1. Ámbitos de aplicación

1158. Para que la Convención de Viena de 1980 y la Convención de Nueva York de 1974, enmendada por el Protocolo de Viena de 1980,

sean aplicables, la compraventa de mercaderías tiene que ser internacional: es internacional cuando los establecimientos del vendedor y del comprador están situados en Estados diferentes (art. 1.1 de la Convención de Viena y art. 2.a de la Convención de Nueva York, no enmendado por el Protocolo). El concepto de establecimiento –*place of business* en el texto inglés– no está definido en las Convenciones. Debe entenderse por establecimiento tanto el lugar donde se lleva a cabo la actividad productiva y de fabricación de la sociedad (Garro), como el lugar permanente y regular para tramitar negocios generales; no un lugar de residencia temporal *ad hoc* para el tiempo que duren las negociaciones (Honnold). Es decir, es establecimiento tanto el lugar donde se realiza la explotación principal, como otras explotaciones menores, como la sede de la sociedad, todas las sucursales, agencias, asientos o cualquier otra representación permanente, en tanto se desarrolle allí un ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto de la empresa, con representación permanente (Boggiano).

En esta línea de ideas, no se considerará que tiene establecimiento en Argentina una sociedad constituida y con sede en otro país, inscripta en Argentina al solo efecto de participar en una sociedad local, inscripción exigida por el art. 123 de la Ley argentina N° 19.550 de 1972 de sociedades. En el fallo *"Velsicol c/ Gyler"*, 22/8/1988 (*ED*, 130-526) se resolvió que una sociedad extranjera inscripta en Argentina para participar en una sociedad local, no tenía domicilio en Argentina. Pensamos que debe seguirse este mismo criterio aunque la participación societaria implique el control de hecho o de derecho de la sociedad local, pues imperan motivos distintos que en las regulaciones sobre inversiones extranjeras, como es el caso de los Protocolos de inversiones extranjeras del MERCOSUR (Dec. CMC N° 11/1993 y Dec. CMC N° 11/1994).

De acuerdo al criterio que exponemos, una empresa puede tener varios establecimientos, por lo que a los fines de las Convenciones se tendrá en consideración aquél que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento (art. 10.a Convención de Viena y art. 2.c Convención de Nueva York). Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual (art. 10.b de la Convención de Viena y el art. 2.b de la Convención de Nueva York). Ya que las mismas Convenciones contemplan el supuesto de establecimientos múl-

tiples, no parece conveniente pretender encontrar un solo establecimiento para cada sociedad (Garro). Las dificultades que puede generar la falta de calificación al concepto de establecimiento en las Convenciones, pueden ser evitadas por las partes a través de la autonomía de la voluntad (Convención de Viena art. 6 y Convención de Nueva York art. 3.3., que de acuerdo a la enmienda introducida por el Protocolo, pasa a ser art. 3.2.), ya que si los contratantes indican que la compraventa se rige por la Convención de Viena, o por lo contrario expresan que ésta no se aplica al contrato, esta declaración resulta suficiente para despejar cualquier duda (Honnold). Debe tenerse en cuenta que en los sistemas del MERCOSUR las partes no pueden internacionalizar el contrato meramente por autonomía.

Para que la compraventa se considere internacional, tiene que quedar exteriorizada la existencia de establecimientos en Estados diferentes, al momento de celebrarse el contrato (art. 1.2 de la Convención de Viena y art. 2.b de la Convención de Nueva York). El sentido de la norma es resguardar la seguridad en la contratación y la buena fe. El conocimiento recíproco de las partes de que se encuentran en Estados diferentes, les permite prever el régimen aplicable al contrato. Normalmente las circunstancias determinantes de la internacionalidad surgen de la documentación que acredita el contrato, con la simple mención de las direcciones de las partes. También pueden resultar de las negociaciones previas o de la información que las partes mutuamente se han suministrado antes de contratar. Si el contrato se celebra a través de un agente o representante y éste no comunica a la otra parte que su representado tiene establecimiento en otro país, la compraventa será considerada interna y la Convención de Viena o la de Nueva York no serán aplicables.

1159. Ambas Convenciones se aplican cuando los establecimientos del vendedor y del comprador se encuentran en Estados ratificantes (art. 1.1.a de la Convención de Viena y art. 3.1 de la Convención de Nueva York), que es lo habitual en los tratados comunes. Pero, además, estas Convenciones se aplican cuando de acuerdo a las normas del DIPr, la compraventa se rige por el derecho de un Estado ratificante, aunque no sean ratificantes ambos países (art. 1.1.b de la Convención de Viena; art. 3.1.b de la Convención de Nueva York). Los tribunales argentinos han aplicado la

Convención de Viena a una compraventa entre un vendedor de Argentina y un comprador de Alemania, celebrada en 1988 y regida por derecho argentino, en el caso *"Mayer c/ Onda Hofferle GMBH & Co."*, 24/4/2000 (*ED*, 194-495). En este caso la Cámara Comercial aplicó la Convención en virtud del art. 1.1.b, porque a la fecha de celebración del contrato, la Convención aún no había entrado en vigencia para Alemania.

Si las partes han elegido como derecho aplicable al contrato el de un Estado parte en la Convención de Viena o de Nueva York, éstas se aplican, porque integran el orden jurídico elegido, salvo que las partes la excluyan por una cláusula expresa (Convención de Viena: art. 6 y Convención de Nueva York, enmendada por el Protocolo de Viena: art. 3.2). Estas Convenciones pueden resultar aplicables a través del reenvío, de la teoría del uso jurídico o de la *foreign court theory*, si el DIPr del juez admite algunas de estas teorías; las convenciones serán aplicables cuando el derecho de fondo que en última instancia rija la compraventa, sea el de un Estado ratificante de la Convención de Viena o de la Convención de Nueva York.

Estas normas, que amplían considerablemente el ámbito de aplicación de las Convenciones, tornan relevante la ley aplicable y, como veremos, la jurisdicción internacional. En efecto, se requiere conocer la ley aplicable a la compraventa internacional para determinar si las normas materiales uniformes son aplicables en el caso. La inexistencia de normas de conflicto en estas Convenciones hace necesario utilizar normas de conflicto contenidas en otros tratados internacionales vigentes, o en las normas de la dimensión autónoma del juez que intervenga en la causa. En primer lugar, para que un tratado internacional sea aplicado, el juez que entiende en la causa debe pertenecer a un Estado parte en ese tratado: por lo tanto sólo están obligados por el art. 1.1.b de la Convención de Viena o por el art. 3.1.b de la Convención de Nueva York, enmendada por el Protocolo de Viena, los jueces de los Estados parte en estos tratados internacionales. Es lo que Goldschmidt ha denominado ámbito de aplicación espacial activo del tratado, cuestión que responde a la pregunta: ¿qué países aplican un tratado internacional? Sin embargo, los Estados que no son parte en estas Convenciones y no están obligados por el art. 1.1.b de Viena o por el art. 3.a.b de Nueva York, deben igualmente aplicarlas cuando la compraventa se rige por el derecho

de un Estado ratificante, porque estos tratados integran el ordenamiento jurídico del país que las ratificó. Por lo tanto, los países no ratificantes deben aplicar estas Convenciones como derecho extranjero del Estado parte cuyo derecho resulte aplicable a la compraventa internacional. La obligación de los países no ratificantes deriva de su propio sistema de DIPr que indica como aplicable el derecho de un país ratificante y del compromiso de los Estados del MERCOSUR de aplicar el derecho extranjero de oficio (art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, vigente en los cuatro Estados mercosureños).

1160. En el marco de un proceso de integración, la necesidad de contar con un instrumento de derecho uniforme en materia de compraventa internacional es fundamental, por lo que además de propiciar la ratificación o adhesión de los países que no lo han hecho, parece importante difundir la aplicación de estas Convenciones, aun por parte de los Estados que todavía no las han ratificado. Así, por ejemplo, supongamos que una empresa con establecimiento en Paraguay (no ratificante de la Convención de Viena) compra mercaderías a una empresa con establecimiento y domicilio en Argentina (ratificante de la Convención de Viena); un juez de Paraguay, de acuerdo a los arts. 37 y 38 del TMDCI de 1940, regirá la compraventa por derecho argentino, por lo tanto aplicará la Convención de Viena, por formar parte del derecho argentino. Pensemos también en el caso de una empresa con establecimiento en Uruguay que vende mercaderías a otra con establecimiento en Brasil, en el cual la oferta fue enviada por la empresa uruguaya y aceptada por la de Brasil; si se plantea una cuestión relativa a la prescripción de las acciones, el juez de Brasil, de acuerdo al art. 9 de la LICC, debe regir la compraventa, no existiendo lugar de celebración del contrato, por la ley de la residencia del proponente, en el caso el derecho uruguayo; por lo tanto deberá aplicar la Convención de Nueva York, enmendada por el Protocolo de Viena, porque forma parte del derecho de Uruguay, siempre que el contrato se haya celebrado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención para Uruguay (art. 33).

Como algunos países consideraron excesivo el ámbito de aplicación que resulta del art. 1.1.b de la Convención de Viena, y del art. 3.1.b. de la Convención de Nueva York, enmendada, se autorizó la reserva a es-

tas normas (art. 95 de la Convención de Viena y art. XII del Protocolo de Viena de 1980). Los únicos países que han efectuado esta reserva al 1° de enero de 2002 son Estados Unidos de América, China, la ex Checoslovaquia –actualmente Eslovaquia y República Checha–, San Vicente y las Granadinas y Singapur; Canadá había formulado la reserva con relación a la provincia de Columbia Británica, pero luego la retiró. La reserva implica que el Estado que la ha ejercido sólo aplicará la Convención cuando se dé el supuesto contemplado por el art. 1.1.a de la Convención de Viena o por el art. 3.1.a de la Convención de Nueva York, enmendada por el Protocolo, esto es, cuando ambos países sean ratificantes de la Convención. Implica también que los otros países que no han efectuado la reserva, sólo podrán aplicar la Convención en relación con el Estado que hizo la reserva, cuando se dé el supuesto contemplado por el art. 1.1.a de la Convención de Viena o por el art. 3.1.a de la Convención de Nueva York, enmendada por el Protocolo.

1161. La Convención de Viena sólo contiene estipulaciones referidas a la formación del contrato y a las obligaciones recíprocas de las partes; luego, no se aplica a la validez del contrato ni a sus efectos sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4). Las cuestiones referidas al ámbito material de aplicación están tratadas en los arts. 2, 3, 4 y 5 de la Convención de Viena y en los arts. 4 y 6 de la Convención de Nueva York. La Convención de Viena incluye en el concepto de compraventa los contratos de suministro de mercaderías que deban ser manufacturadas, salvo que una parte sustancial de la materia prima sea aportada por quien encarga las mercaderías (art. 3.1). Entonces, el contrato estará excluido de la Convención de Viena sólo si quien encarga las mercaderías aporta una parte sustancial de la materia prima. El criterio que debe utilizarse para determinar lo que es parte sustancial, no puede ser otro que el valor económico. La Convención de Nueva York contiene una norma similar aunque no idéntica en el art 6.2. Para ambas Convenciones es compraventa, el suministro de mercaderías que deben ser manufacturadas, tanto cuando todos los materiales son aportados por el vendedor, como cuando el vendedor aporta una parte sustancial (Convención de Viena) o una parte esencial de los mismos (Convención de Nueva York), aunque otra parte de los materiales sea entregada por el comprador.

1162. Hay contratos en los que una de las partes se compromete, además de entregar mercaderías, a la prestación de determinados servicios. La Convención de Viena se aplica a estos contratos, salvo que el suministro de mano de obra o la prestación de otros servicios constituya la parte principal del contrato (art. 3.2 de la Convención de Viena). La Convención de Nueva York, que en este punto no fue enmendada por el Protocolo de Viena, contiene una norma prácticamente idéntica (art. 6.1). Las normas mencionadas se aplican cuando la contratación es inescindible, pues si se trata de contratos separados, la compraventa se regirá por la Convención de Viena o por la Convención de Nueva York y el contrato de prestación de servicios, por el derecho que indique el DIPr del juez. Las ventas llave en mano no han merecido ninguna referencia expresa en las Convenciones de Viena y Nueva York, por lo que deberán ser analizadas bajo la óptica de los contratos mixtos de los artículos que comentamos. Creemos que es lamentable la falta de referencia a este tipo de contratación, tan habitual en el comercio internacional, y a nuestro entender hubiera sido preferible excluir las ventas llave en mano de estas Convenciones. Pero dado que la cuestión no ha sido regulada, deberá analizarse este tipo de operación bajo la óptica de los contratos mixtos y meritar si el valor de la mano de obra y los servicios que debe prestar el vendedor superan el valor de las mercaderías que se entregan al montar la fábrica o empresa llave en mano, para determinar si la contratación se rige por las Convenciones de Viena o de Nueva York.

1163. El carácter civil o comercial del contrato es irrelevante para las convenciones de compraventa. Tampoco se tiene en cuenta el carácter de comerciante de las partes o su nacionalidad (art. 1.3 de la Convención de Viena y art. 2.e de la Convención de Nueva York).

1164. Los supuestos mencionados en los seis incisos del art. 2 de la Convención de Viena de 1980, están excluidos de su ámbito de aplicación. El art. 2 ha sido transcripto erróneamente en el anexo de la ley argentina que aprobó la Convención, pues se omitió la palabra "no" en el primer párrafo de la norma, con lo que su sentido cambia diametralmente. El texto auténtico de UNCITRAL dice: "la presente Convención no se aplicará a las compraventas (...)". Los tres primeros incisos están re-

lacionados con la naturaleza del contrato y los tres últimos con la calidad de los bienes objeto de la compraventa (art. 2 de la Convención de Viena y art. 4 de la Convención de Nueva York).

El avance creciente de la legislación de protección al consumidor y la naturaleza imperativa de esas normas, ha incidido en su exclusión de la Convención. Lo que se tiene en cuenta para excluir la compraventa de la Convención, es el propósito del comprador al momento de celebrar el contrato de destinar los bienes para uso personal. La finalidad del uso personal tiene que quedar exteriorizada al momento de celebrar el contrato. Según Honnold, el comprador tiene la carga de la prueba que compró la mercadería para uso personal y es el vendedor quien debe demostrar que no sabía o no debía haber sabido el propósito del comprador, pero también pensamos que la naturaleza del bien adquirido tiene importancia como presunción de que, por sus características, se destina normalmente a un uso personal.

Las ventas en subastas están sometidas generalmente a regulaciones especiales, por lo que parece conveniente su exclusión de la Convención de Viena (art. 2.b). La forma particular en que se perfecciona el consentimiento en los remates impediría saber, hasta que el postor resulte adjudicatario, si la Convención se aplica, ya que se desconoce la identidad y el país del establecimiento o residencia de quien resultará comprador. Por otra parte, las normas sobre formación del contrato de la Convención no resultan apropiadas para este tipo de compraventa. La exclusión de las ventas judiciales (art. 2.c) no presenta dificultades, ya que están sometidas a las normas procesales del juez, por lo que no tendría sentido pretender regularlas por la Convención. La Convención de Viena también excluye de su ámbito de aplicación las compraventas de "valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero" (art. 2.d). Estos bienes no pueden considerarse estrictamente mercaderías. La existencia de tratados internacionales que unifican normas materiales y otros relativos al conflicto de leyes, en materia de letra de cambio y cheque, como también las regulaciones especiales a que están sometidas las operaciones sobre valores mobiliarios y títulos, demuestran la necesidad de la exclusión de este tipo de bienes. Las compraventas sobre la base de documentos –pago documentado o compraventa con crédito documentario–, quedan incluidas en la Convención.

Los buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves también están regulados en forma específica, tanto en las legislaciones nacionales, como en tratados internacionales. Además, en la mayoría de los países son bienes registrables, independientemente de que se los califique como muebles o inmuebles. Por estos motivos fueron excluidos de la Convención de Viena (art. 2.e). Para algunos autores están excluidas las compraventas de todo tipo de embarcaciones, como veleros y botes a remo, ya que no se hace distinción con relación al tonelaje de la embarcación, (Honnold) ni con respecto a su carácter registrable, pero otros entienden que quedan comprendidas las embarcaciones de placer como los veleros y tablas de *windsurf* (Audit).

Finalmente, en cuanto a las compraventas de electricidad, en muchos sistemas jurídicos está discutida la naturaleza corporal o incorporal de la electricidad. El derecho interno argentino califica expresamente la electricidad como cosa mueble corporal (art. 2311 CC, texto modificado por Ley N° 17.711). Se prefirió entonces excluir del ámbito de aplicación de la Convención de Viena los contratos sobre energía eléctrica, que son frecuentes en la esfera internacional (art. 2.f). Las compraventas de gas están incluidas en la Convención.

1165. ¿Pueden las partes pactar que el contrato se rija por la Convención de Viena, si la contratación está excluida por el art. 2 o por el art. 3? En estos casos la autonomía de la voluntad no puede fundarse en el art. 6, porque la Convención no es aplicable al contrato. Si el DIPr del juez acepta la autonomía de la voluntad en contrataciones internacionales sobre esa materia, debe aceptarse que el contrato se rija por la Convención de Viena, sin perjuicio de las normas imperativas que corresponda aplicar.

1166. En cuanto al ámbito temporal, la Convención de Viena dispone en su art. 100 que respecto de la formación del contrato la Convención se aplica cuando la propuesta de celebración se ha realizado en la fecha de entrada en vigor de la Convención o después, y en relación con los contratos cuando los mismos se han celebrado en la fecha de entrada en vigor o con posterioridad. En ambos casos, si se trata de la aplicación según el art. 1.1.a (ambos establecimientos en Estados parte), se requiere

que la Convención haya entrado en vigor en los dos países. En el caso *"Bedial S.A. c/ Paul Muggenburg"* (CNCom-C, 31/10/1995, *LL*, 1996-C-156), se aplicó la Convención de Viena a una compraventa celebrada en 1987 entre una vendedora de Alemania y una compradora de Argentina, a pesar de que la Convención entró en vigencia para Alemania el 1/1/1991, sin analizar su ámbito temporal de aplicación. En cambio, en otra sentencia anterior del mismo tribunal argentino en el caso *"Quilmes Combustibles c/ Vigan"* (CNCom-C, 15/3/1991, *CLOUT* 22), se resolvió, acertadamente, que no era aplicable la Convención de Viena.

2. Formación del contrato

1167. La Parte II de la Convención de Viena de 1980 (arts. 14 a 24) está dedicada a la formación del contrato, es decir a la existencia de consentimiento o perfeccionamiento del contrato. Ni Argentina, ni Uruguay, ni Chile han formulado reserva a esta Parte II de la Convención, reserva autorizada por el art. 92.1. La Convención de Viena considera que existe consentimiento cuando se comunica la aceptación de la oferta. El contrato queda concluido, en general, cuando la aceptación llega al oferente (art. 18.2 y art. 23), es decir que se adopta la teoría de la recepción. Se considera que la oferta o la aceptación o cualquier otra declaración llega al destinatario, no sólo cuando es recibida personalmente, sino también cuando es entregada en su establecimiento o en su dirección postal y si carece de ellos, cuando es entregada en su residencia habitual (art. 24).

La oferta, para ser considerada tal, tiene que precisar la cantidad y calidad de las mercaderías, el precio o un medio para determinarlo, indicar la intención de quedar obligado y estar dirigida a persona determinada (art. 14). Las comunicaciones dirigidas a personas indeterminadas no constituyen oferta, salvo que se indique lo contrario (art. 14.2). La indicación del precio o del medio para determinarlo, puede no constituir un requisito de validez del contrato y por ende de la oferta, si el derecho aplicable al contrato no lo exige como tal (art. 55). En este caso, se considerará el precio de mercado al momento de celebración del contrato. Este modo de determinación del precio sólo jugará cuando el

contrato sea válido según el derecho aplicable, indicado por las normas de derecho internacional privado del juez.

1168. La Convención regula el retiro o retractación de la oferta (art. 15), la revocación de la oferta (art. 16) y la extinción de la misma (art. 17). La retractación o retiro de la oferta puede producirse antes de que la oferta produzca efectos jurídicos, es decir antes de que llegue al destinatario (art. 15.1). Por eso, el oferente puede retractarse de la oferta, si el retiro llega al destinatario junto con la oferta o antes de la oferta (art. 15.2). Incluso las ofertas irrevocables pueden retractarse dentro de ese límite temporal, pues la Convención protege las expectativas del destinatario y éstas no podrían existir antes de que le llegara la propuesta.

Se habla de revocación de la oferta durante el período que se extiende desde que la misma ha llegado ya al destinatario hasta el momento del envío de la aceptación (*post-box*). En este punto la Convención sigue la teoría de la expedición y no la de la recepción. El principio general es la revocabilidad de la oferta, dentro del período mencionado. Sin embargo, la oferta no puede ser revocada, cuando el oferente ha expresado que es irrevocable o ha indicado un plazo de mantenimiento de la misma (art. 16.2.a) o cuando el destinatario ha actuado en base a la oferta, si podía considerar razonablemente que la oferta era irrevocable (art. 16.2.b).

La extinción de la oferta se produce con el rechazo de la misma, por parte del destinatario, aun cuando la oferta sea irrevocable o no haya vencido el plazo de mantenimiento de la misma. La extinción se produce en el momento en que el rechazo llega al oferente. Se sigue en este punto también la teoría de la recepción. El rechazo de la oferta puede ser expreso o producirse por formular el destinatario una modificación de la oferta, que debe alterar sustancialmente la originaria, como resulta del art. 19.

1169. La Convención de Viena admite que la aceptación de la oferta se efectúe a través de una declaración o a través de un acto. Lo que no se admite es que el silencio constituya aceptación, ni siquiera cuando la oferta haya indicado que en caso de silencio en determinado plazo se tendrá por aceptada (art. 18.1). Si la aceptación se formula por medio de una declaración, es necesario que ésta llegue al oferente (art. 18.2).

En cambio, si la aceptación se produce por medio de la realización de un acto que implique asentimiento, el momento en que se considera perfeccionado el contrato, es aquel en que el acto se ejecuta (art. 18.3).

El plazo para la aceptación de las ofertas es el indicado en la oferta y si no se ha señalado, es un plazo razonable, pero las ofertas verbales deben ser aceptadas en el momento. El plazo fijado o el razonable lo son para que el asentimiento llegue al oferente, lo que implica que los riesgos de la transmisión caen sobre el destinatario de la oferta, que expide la aceptación. Se ha considerado como fundamento de la teoría de la recepción, además de su difusión en el derecho continental, que el emisor sabe qué medio emplea y se responsabiliza por ello. En cambio, en el derecho anglosajón impera la teoría de la expedición (Thieffry).

1170. El plazo fijado para la aceptación se computa por días corridos (art. 20.2), salvo que se haya indicado lo contrario. El comienzo del plazo se computa desde la fecha de la carta o, si ésta no se indicara, desde el momento de expedición de la carta o del telegrama. Pero si se utilizó un medio de transmisión instantánea como el teléfono, télex o fax, desde la fecha en que la comunicación llega al destinatario (art. 20.1). Si el plazo vence un día feriado y por ello la comunicación no pudo ser entregada al oferente ese día, el plazo se prorroga hasta el siguiente día hábil (art. 20.2).

Como la aceptación debe llegar al oferente dentro del plazo fijado, la aceptación que llega fuera de ese plazo es tardía y no perfecciona el contrato. Sin embargo, el oferente está facultado para hacer producir efectos a la aceptación tardía, si lo comunica sin demora a la contraparte (art. 21.1). En cambio, si la aceptación llega tardíamente al oferente por demoras en el correo, surte efectos y el contrato se perfecciona, salvo que el oferente comunique que declara caduca la oferta (art. 21.2). Vemos que en un caso el silencio del oferente lleva a la inexistencia de contrato (art. 21.1) y que, en el otro, el silencio del oferente conduce a la conclusión del contrato (art. 21.2).

1171. La Convención considera que las modificaciones y adiciones que alteren sustancialmente la oferta, implican rechazo de la misma y una contraoferta. Las adiciones o alteraciones en el precio, el pago, la calidad y cantidad de las mercaderías, el lugar y la fecha de entrega, el

grado de responsabilidad de las partes o la solución de controversias –cláusulas de jurisdicción o de arbitraje–, implican alteraciones sustanciales (art. 19.3.) Sin embargo, las modificaciones o alteraciones que no alteren sustancialmente la oferta, incluidas en una respuesta que pretenda ser una aceptación, constituyen aceptación, pero el oferente tiene la facultad de comunicar su discrepancia con las modificaciones. Si el oferente efectúa tal declaración sin demora injustificada, el contrato queda concluido sin las modificaciones introducidas. Si el oferente no envía comunicación de su discrepancia, el contrato queda perfeccionado con las modificaciones efectuadas. En Argentina, algunas modificaciones extemporáneas de la oferta han sido consideradas como abuso de derecho.

La aceptación puede ser retirada o retractada si la retractación llega al oferente antes o junto con la aceptación (art. 22). Lógicamente, para que esto sea posible, el aceptante que cambia de idea debe recurrir a un medio de transmisión más rápido que el que había utilizado para enviar la aceptación (Honnold). No cabe hablar de revocación de la aceptación, pues una vez que la aceptación llega al oferente, el contrato se perfecciona, por lo que no puede ser revocada la aceptación.

3. Obligaciones y derechos de las partes

1172. La Parte III de la Convención de Viena, es sin duda la más importante y extensa y comprende del art. 25 al 88. En ella se tratan disposiciones generales (arts. 25 a 29), las obligaciones del vendedor (arts. 30 a 44), las acciones y recursos del comprador en caso de incumplimiento del vendedor (arts. 45 a 52), las obligaciones del comprador (arts. 53 a 60), las acciones y recursos del vendedor ante el incumplimiento del comprador (arts. 61 a 65), la transmisión del riesgo (arts. 66 a 70), y otras acciones y obligaciones de las partes tratadas en forma común a ambas (arts. 71 a 88).

Entre las disposiciones comunes, se sientan algunos principios básicos: incumplimiento esencial (art. 25), exigencia de comunicación para que surta efectos la resolución del contrato (art. 26), carga de los riesgos de demoras o errores en las comunicaciones (art. 27), posibilidad de exigir el cumplimiento específico, condicionada a su procedencia en la ju-

risdicción internacional que entienda en la causa (art. 28) y la exigencia de forma escrita en las modificaciones o extinciones del contrato cuando así se haya pactado y los efectos de no observar esa forma (art. 29).

1173. Que el incumplimiento sea esencial es el presupuesto básico para que proceda la resolución del contrato (arts. 49 y 64), pero no para el ejercicio de otras acciones: de cumplimiento específico (arts. 45 y 61), de reducción de precio (art. 50) y de daños y perjuicios (arts. 74 a 77), que proceden ante cualquier incumplimiento. El art. 25 establece que el incumplimiento es esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato; caracteriza el incumplimiento esencial utilizando un criterio objetivo, pues independientemente de lo que la parte incumplidora haya previsto o no el resultado, se toma en consideración lo que habría previsto una persona razonable en esa situación. El anexo de la Ley argentina N° 22.765, que aprobó la Convención de Viena de 1980, ha incurrido en error al transcribir el art. 25, ya que dice "salvo que la parte que haya cumplido (...), en vez de "salvo que la parte que haya incumplido" (...), como indica el texto auténtico de UNCITRAL.

1174. La exigencia de comunicación para que produzca efectos la resolución (art. 26), implica que no existe resolución automática, siempre es necesario hacer saber a la otra parte la resolución adoptada. Esto tiende a proteger las expectativas de las partes para que no se vean sorprendidas después de transcurrido cierto tiempo, con una resolución que no esperaban. Además evita gastos inútiles en los que puede incurrir la parte que no tiene conocimiento de que su contraria ha decidido resolver el contrato. Pero al mismo tiempo, esta norma consagra la resolución de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, en tanto se cumpla la comunicación. El art. 27 hace soportar los riesgos de las comunicaciones a la parte a quien se las dirige, siempre que quien cursó la notificación haya utilizado los medios apropiados.

1175. Aunque los arts. 45, 46 y 48 de la Convención, regulan distintas acciones de cumplimiento específico, la posibilidad de exigir el cumplimiento específico de la obligación, en vez de reclamar una indemnización

pecuniaria, está condicionada a que el juez que entienda en la causa admita el cumplimiento específico, de acuerdo a su derecho (art. 28). Este tipo de acción es propio de los países de derecho continental, que en general consideran que en primer lugar debe exigirse el cumplimiento "*in natura*"; en cambio, la tradición del derecho anglosajón mantiene como principio general la indemnización de daños y perjuicios y el cumplimiento específico tiene un carácter excepcional. La Convención trató de conciliar dos principios contrapuestos entre los derechos continental y anglosajón, sin lograrlo totalmente, por lo que dejó en manos de los respectivos derechos internos la posibilidad de ejercicio de esta acción.

Cuando el art. 28 alude al derecho del juez, puede entenderse que se refiere al derecho de fondo del juez o que alude al derecho de fondo indicado como aplicable por las normas de derecho internacional privado del juez. Quizás esta última interpretación parezca más correcta técnicamente, sin embargo, los comentaristas de la Convención han interpretado que la referencia es a la *lex civilis fori* –derecho de fondo del juez– y no a la *lex civilis causae* –derecho de fondo aplicable a la causa (Honnold). El sentido del art. 28 parece ser el de una especie de cláusula de reserva de los países que no admiten el cumplimiento específico.

1176. Las obligaciones del vendedor están reguladas en los arts. 30 a 44 y 85, 87 y 88.2. La entrega de la mercadería, la entrega de los documentos y la transmisión de la propiedad de la mercadería son las más importantes (art. 30), sin perjuicio de otras obligaciones accesorias (art. 32). La Convención determina el lugar de entrega (art. 31) y el tiempo de entrega (arts. 33 y 34).

La conformidad material de la mercadería (arts. 35 y 36) debe existir al momento de la transmisión del riesgo, independientemente de que se manifieste en esa oportunidad o con posterioridad. Los defectos manifiestos y los vicios redhibitorios tienen un tratamiento conjunto en la Convención, bajo la denominación común de falta de conformidad de la mercadería. En relación con la falta de conformidad de la mercadería, se imponen algunas cargas al comprador: la de examinar o verificar la mercadería (art. 38) y la de comunicar la falta de conformidad al vendedor en un plazo razonable (art. 39), pero el incumplimiento de estas cargas no exonera al vendedor respecto de hechos de los que debía tener cono-

cimiento (art. 40). El vendedor está también obligado a la conformidad jurídica de la mercadería vendida relacionada con derechos intelectuales (arts. 41 a 43).

El vendedor está también obligado a conservar las mercaderías, cuando conserva el poder jurídico de disposición de ellas, aunque medie incumplimiento del comprador (arts. 85 y 87). También está obligado, en las mismas circunstancias, a vender las mercaderías, cuando están sujetas a un rápido deterioro o su conservación genera gastos excesivos (art. 88.2). El vendedor tiene además todas las obligaciones que resulten de la cláusula de INCOTERMS que las partes hayan pactado. En caso de contradicción entre los usos pactados y las normas de la Convención, se aplican los usos (art. 9.1. de la Convención).

1177. Las obligaciones del comprador (arts. 53 a 60) consisten principalmente en pagar el precio y recibir las mercaderías (art. 53). La Convención regula el modo del pago (art. 54), el lugar de pago (art. 57) y el tiempo del pago, que debe realizarse –salvo que se pacte otro momento– cuando el vendedor pone a su disposición las mercaderías o los documentos representativos de las mismas (art. 58). La Convención no se ocupa de los distintos medios de pago de la compraventa, como el crédito documentario, la cobranza documentaria y la transferencia bancaria.

El comprador está también obligado a conservar las mercaderías, cuando las ha recibido, o han sido puestas a su disposición, aunque se proponga rechazarlas por incumplimiento del vendedor (arts. 86 y 87). También está obligado, en las mismas circunstancias, a vender las mercaderías, cuando están sujetas a un rápido deterioro o su conservación genera gastos excesivos (art. 88.2). El comprador tiene además todas las obligaciones que resulten de la cláusula de INCOTERMS que las partes hayan pactado, obligaciones que en caso de contradicción con las normas de la Convención, se aplican en forma preferente (art. 9.1. de la Convención).

4. Acciones y recursos

1178. Las acciones y los recursos están regulados en los arts. 45 a 52 (para el comprador), 61 a 65 (para el vendedor) y 71 a 88 (para ambas partes). Entre las distintas acciones de cumplimiento específico, sujetas

siempre a lo dispuesto en el art. 28 de la Convención, el comprador puede ejercer la de sustitución de la mercadería, que no sea conforme a lo pactado (art. 46.2), la de reparación de la mercadería, en las mismas circunstancias de falta de conformidad (art. 46.3) y la de subsanación del incumplimiento (art. 48), cuya iniciativa también puede ser tomada por el vendedor. Cualquiera de las partes puede otorgar un plazo de gracia para que la otra parte cumpla sus obligaciones (arts. 47 y 63). El ejercicio de estas acciones no impide que se reclamen los daños y perjuicios (arts. 74 a 77), pero obstan a que opere la resolución del contrato (arts. 49 y 64), mientras se cumplan las condiciones previstas. El vendedor puede ejercer además, la acción de pago del precio y exigir que el comprador reciba las mercaderías (art. 62).

La acción de resolución (art. 49 para el comprador y art. 64 para el vendedor), requiere que el incumplimiento sea esencial (art. 25) y que se curse comunicación a la otra parte (art. 26). Aunque el incumplimiento no sea esencial, también procede la resolución del contrato cuando vence el plazo suplementario fijado para el cumplimiento (arts. 47 y 63) o no se subsana el incumplimiento transcurrido el plazo fijado según el art. 48.2. Cuando el contrato tiene previsto su cumplimiento a través de entregas sucesivas, la resolución del mismo adopta características especiales con respecto a las entregas futuras e incluso con relación a las efectuadas con anterioridad de acuerdo a la interdependencia de las prestaciones (art. 73). Los efectos de la resolución del contrato están regulados en los arts. 81 a 84, en forma común.

La Convención contempla también la acción de suspensión del cumplimiento (art. 71), que puede ejercer cualquiera de las partes, cuando resulta manifiesto que la otra no cumplirá sus obligaciones. Está prevista en la Convención la resolución anticipada del contrato (art. 72), cuando fuera patente que la otra parte incurrirá en incumplimiento esencial del contrato.

1179. Tanto el vendedor como el comprador, cuando están obligados a conservar la mercadería (arts. 85 y 86), pueden ejercer la acción de venta extrajudicial de la misma (art. 88.1), previa comunicación a la otra parte. El comprador puede ejercer la acción de reducción de precio (art. 50) cuando las mercaderías no son conformes al contrato.

La acción de daños y perjuicios (arts. 74 a 77) puede ser ejercida por cualquiera de las partes y normalmente puede acumularse a las otras acciones. El criterio seguido por la Convención para determinar la extensión del resarcimiento es el de la previsibilidad de los daños en base a un criterio objetivo (art. 74). Al permitirse las compras de reemplazo o las ventas de reemplazo, la determinación de los daños tendrá relación con la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio de la operación de reemplazo (art. 75); si no se ha realizado la operación de reemplazo, se tendrá en consideración el precio corriente en el momento de la resolución del contrato (art. 76). La indemnización de los daños estará limitada por la obligación que se impone a la parte que cumplió el contrato de minimizar o atenuar las pérdidas (art. 77).

1180. La Convención se refiere a los intereses moratorios, sin perjuicio de la indemnización de daños, pero no indica la tasa de interés, ni las pautas en base a las cuales ésta se determina (art. 78). Existe una abundante jurisprudencia sobre el punto, que no es uniforme, ya que en muchos casos se ha aplicado la tasa de interés vigente en el Estado cuya ley sea aplicable a la compraventa (art. 7.2), que normalmente será la del domicilio del vendedor y en otros se han utilizado tasas de interés aplicadas en el comercio internacional, en base a los usos del comercio internacional (art. 9), especialmente en sede arbitral. Existen algunos fallos de tribunales argentinos que han resuelto el tema de los intereses: caso *"Elastar S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación por Bettcher Industries Inc."* (JNCom 7, sec. 14, 20/5/1991, *CLOUT* 21); caso *"Águila Refractarios S.A. s/concurso preventivo"* (JNCom 10, sec. 19, 23/10/1991); caso *"Bermatex S.A. s/concurso preventivo"* (JNCom 10, sec. 19, 6/10/1994).

III. Contratos de distribución

1. Aspectos generales

1181. En la actualidad, el nexo entre producción y consumo reviste infinidad de formas jurídicas a través de las cuales el productor o fabricante comercializa sus productos o servicios en el mercado, llegando así

al destinatario final (público consumidor). El productor o fabricante para lograr colocar sus bienes o servicios en el mercado puede asumir directamente la comercialización de los mismos por medio de canales propios o indirectamente a través de canales integrados por terceros. En el primer caso, dada la economía de mercado en permanente expansión, la dispersión de la clientela y el aumento de la complejidad comercial, el productor o fabricante para llegar al consumidor final de modo ágil, eficiente, uniforme, con el menor riesgo y costo posibles, deberá competir con grandes centros comerciales dedicados en forma exclusiva a esta tarea. Para superar estas dificultades el productor o fabricante suele acudir a sistemas intermedios, valiéndose de figuras tradicionales tales como: corredores (se limitan a acercar a las partes concluyendo éstas el negocio) o mandatarios (actúan a nombre propio y por cuenta ajena). Sin embargo, en esta modalidad de comercialización no logra desplazar los riesgos derivados de la celebración del contrato. En el segundo caso, la comercialización es indirecta, el canal está constituido por otros comerciantes que actúan en nombre propio, intermediando o facilitando el desplazamiento o la circulación de bienes y servicios desde el lugar de producción hasta su entrega al consumidor mediante contratos de distribución que pueden adoptar figuras más o menos rígidas.

Los contratos de distribución también son conocidos bajo el nombre de "contratos de empresa" o "contratos de colaboración" al decir de Yves Guyon. Generalmente este tipo de contrato es celebrado entre una empresa productora de bienes y servicios y otra empresa distribuidora, a la que se le encomienda la colocación de los productos en el mercado. Por consiguiente, nos encontramos frente a una actuación externa de comerciantes empresarios que como señala Etcheverry implica un método de colaboración interempresaria que puede llegar a un agrupamiento de empresas.

Más allá de las diferentes denominaciones empleadas para individualizar este relacionamiento contractual, resulta imprescindible precisar el alcance de la expresión "contratos de distribución" utilizado en el ámbito de los contratos comerciales. Por un lado, se lo utiliza en sentido amplio, genérico como comprensivo de las diversas formas jurídicas mediante las cuales una persona o empresa productora se relaciona con otra empresa distribuidora a los efectos de colocar sus bienes o servicios. Dentro de esta acepción se englobarían diversas figuras contractuales tales co-

mo la agencia, la concesión y el *franchising*. Por otro lado, en un sentido restringido se alude a una manera particular de relacionarse una persona o empresa productora y el sujeto o empresa encargada de colocar sus bienes o servicios en manos del consumidor, lo que se conoce como contrato de distribución propiamente dicho. En consecuencia, para evitar dificultades terminológicas, y siguiendo a Farina, en adelante recurriremos a la expresión "canales de distribución por terceros" para aludir a contratos de distribución en sentido genérico y reservaremos el nombre de contratos de distribución para aquellos que lo son en sentido restringido.

1182. En la práctica comercial son raras las veces que los canales de distribución por terceros adquieren formas puras, ya que responden a necesidades puntuales de los contratantes que varían vertiginosamente. A esto se agrega que en la mayoría de las legislaciones se trata de contratos atípicos, sin regulación específica en el derecho positivo interno. Por lo tanto, resulta muy difícil su caracterización a nivel de derecho interno, teniendo además en cuenta que muchas veces la denominación empleada nada tiene que ver con su contenido. En el ámbito internacional, los contratos comerciales de este tipo han adquirido gran importancia cuantitativa como consecuencia del período de globalización que se está experimentando. Es sumamente frecuente que el contrato se celebre en un Estado y su ejecución tenga lugar en un Estado diferente, lo que ha derivado en lo que algunos autores denominan "tipicidad consuetudinaria o social". Paradójicamente esta tipicidad social reviste tal alto margen de flexibilidad, que a pesar del proceso de standarización de los contratos comerciales a escala internacional, resulta sumamente ardua la calificación de los contratos que implican diversas maneras de establecer canales de comercialización por medio de terceros.

1183. Como enseña Alfonsín, calificar implica ubicar una relación jurídica dada en una única categoría jurídica, en función del cuadro de categorías del subsistema de DIPr en cuestión. Analizando la normativa emanada del MERCOSUR se aprecia que no existe normativa general (derecho aplicable a los contratos) ni específica de los contratos objeto de este trabajo. Por lo tanto, corresponde estudiar las categorías existentes en el subsistema de DIPr que integran los países mercosureños. Se ad-

vierte que no se ha previsto una categoría específica ni de contrato de agencia, ni del de distribución ni del de *franchising*. Por consiguiente, es necesario recurrir a una categoría más amplia. En los TMDCI de 1889 y 1940 que relaciona a tres de los países del MERCOSUR, en los artículos 32 a 35 y 36 a 40 respectivamente, se prevé la categoría amplísima de actos jurídicos. A falta de categoría específica, corresponde calificar los contratos en cuestión dentro de la categoría "actos jurídicos". Como ya quedó claro, en los artículo 36 y 37 del TMDCI 1940 se establece como punto de conexión "la ley del lugar en donde los contratos deban cumplirse", optándose por la territorialidad del derecho, y dentro de ésta por el sistema de la *lex loci solutionis* (Cap. 25.II.1).

En el art. 36 se prevé una categoría autónoma "forma de los actos jurídicos" cuyo punto de conexión es la ley del lugar donde se celebran u otorgan los mismos. Por el contrario, será la ley del lugar de ejecución del contrato la que regulará los restantes aspectos del mismo "su existencia; su naturaleza; su validez; sus efectos; sus consecuencias; su ejecución; en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea". La política legislativa subyacente a esta solución positiva es la de mantener la unidad jurídica que constituye todo contrato desplazando el desmembramiento, consagrando como regla general una única regulación para todos los aspectos fundamentales de los contratos.

2. Agencia

1184. El contrato de agencia se define como todo contrato de duración (o tracto sucesivo) por el cual una parte (agente) actuando en forma autónoma se obliga a promover negocios en interés exclusivo de la otra parte (principal, proponente o comitente) en una zona determinada, a través de una relación estable, a cambio de una retribución que puede ser comisión u otra forma (por ejemplo sobreprecio), actuando a nombre propio, salvo que el principal le haya transferido la representación (elemento accidental).

1185. Partiendo de la base de que todo contrato debe tener jurídicamente un solo lugar de ejecución, la doctrina entiende que es aquél en

donde debe ejecutarse la obligación característica, es decir aquella que da fisonomía al contrato. De todas maneras, al fijarse un punto de conexión jurídico"ley del lugar de cumplimiento", el art. 38 establece reglas de interpretación para facilitar su aplicación. En el caso del contrato de agencia la obligación típica caracterizante es la asumida por el agente de promover negocios en interés exclusivo del principal, lo cual significa la prestación de un servicio. Sin embargo, la eficacia de la promoción de negocios se relaciona con un lugar especial "en una zona determinada". En consecuencia, sería aplicable el literal b) del art. 38 y el derecho aplicable será aquél del lugar donde "hayan de producir sus efectos". Cabe aclarar que en el caso de que el agente tuviera más de una zona determinada en diferentes Estados para promover negocios –que sean parte del TMDCI de 1940– habría que aplicar la interpretación residual del lit.c) del art. 38 que toma como punto de conexión la ley del lugar del domicilio del deudor (de la obligación caracterizante) al tiempo de la celebración del contrato, ya que de aplicar el lit. b) no habría un derecho único que regulara la relación. En esta solución se aprecia claramente la influencia de Savigny al localizar territorialmente la relación jurídica en función de su naturaleza y la sumisión voluntaria.

3. Distribución

1186. Es un contrato de tracto sucesivo por el cual una parte (distribuidor) se obliga a comprar a la otra (productor o concedente) ciertas cantidades de mercaderías con regularidad predeterminada para revenderla en forma masiva en una zona preasignada a través de su organización empresarial, por cuenta y riesgos propios y su ganancia consiste en la diferencia entre el precio en que las compra y el que las vende (margen de reventa). A su vez el productor se obliga a proveer de mercadería en las condiciones estipuladas (tiempo, lugar, forma, precio).

1187. La función del contrato de distribución es la intermediación entre el productor y el mercado consumidor, lo cual se lleva a cabo a través de la figura del distribuidor. No hay que olvidar que este contrato representa una de las maneras de establecer canales de comercialización

por medio de terceros, evitando costosas infraestructuras y responsabilidades a los efectos de hacer llegar los productos o servicios a los consumidores. El bien es adquirido por el distribuidor para su posterior reventa. En consecuencia, entendemos que se trata de una prestación de servicios, siéndole aplicable el inc. 4 del art. 38 del TMDCI de 1940. Al relacionarse su eficacia con un lugar especial "revender en una zona preasignada" y al ser posible que haya más de una zona situadas en diferentes Estados, nos remitimos a lo sostenido en cuanto a derecho aplicable al contrato de agencia.

A los efectos de calificar, tanto en el contrato de agencia como en el de distribución, tomamos como referencia la definición brindada en los numerales 1) y 2), en la que se hace expreso hincapié en la delimitación de la zona de acción del agente y distribuidor.

4. Franquicia (*franchising*)

1188. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica define el contrato de *franchising* en la modalidad llamada "*business format franchising*" como una forma de licencia por la que el propietario o titular de un producto, servicio o método (franquiciante o *franchisor*) lleva a cabo su distribución a través de revendedores afiliados (franquiciado o *franchisee*). Por su parte la Asociación Internacional de *Franchising* lo define como "un método para la comercialización de productos o servicios". En la realidad comercial este contrato reviste una infinidad de modalidades (*franchising* industrial, hotelera, de servicios, de capitalización, etc.). En algunos casos el franquiciante se obliga a conceder la licencia para utilizar sus propios distintivos, o transmite su *know how*, o presta asistencia técnica, comercial y de marketing, o transmite un determinado método, o provee de mercaderías, o traspasa maquinaria o instalaciones particulares, o algunas de estas actividades en forma combinada, puede o no ejercer un estricto seguimiento o control de calidad, etc. Por su parte el franquiciado puede obligarse a instalar un establecimiento comercial o unidad de venta según el caso, o a mantener cierto nivel de calidad, o a someterse a rendición de cuentas, o a proveerse de ciertas cantidad de mercaderías, o a respetar ciertos pro-

cedimientos o políticas comerciales; pero la obligación por excelencia presente en toda franquicia es el pago de una regalía por parte del franquiciado al franquiciante.

1189. En la práctica comercial es habitual que el franquiciado se someta a los denominados "contratos tipo" en los cuales se recoge lo esencial de una modalidad comercial, dejando blancos a ser llenados con las particularidades de cada caso. En la mayoría de los casos el franquiciado representa a la parte más débil, tengamos presente que especialmente en Estados Unidos –donde el *franchising* llegó al más alto desarrollo– la parte franquiciante está constituida por empresas multinacionales tales como: *Singer Sewing Machine Company, General Motors, McDonalds*, etc. Por consiguiente, en estos contratos tipos suelen incluirse cláusulas abusivas que pueden afectar la ley aplicable y la jurisdicción competente, desvirtuando en algunos casos el equilibrio jurídico del contrato (ver 26.I).

Los contratos de *franchising* que celebra la empresa *Burger King* de Estados Unidos con sus concesionarios, dieron lugar a un caso jurisprudencial en Estados Unidos que es de especial interés. Como consecuencia del incumplimiento por parte del concesionario en uno de estos contratos de *franchising* del pago de la cuota mensual establecida en el mismo, surge el conocido caso *"Burger King Corporation v. Rudzewicz"*, 105 S.Ct.2174 (1985). El contrato incluía una cláusula de elección de la ley (la del Estado de Florida) aunque no de elección de la jurisdicción. No obstante, la empresa demandó al incumplidor –un contador del Estado de Michigan– ante el juzgado federal de Florida. El concesionario se opuso a la pretensión de obligarlo a litigar en una sede absolutamente ajena al lugar de cumplimiento del contrato y muy lejana. La competencia de los tribunales de Florida fue discutida en tres instancias, resolviendo la Suprema Corte que éstos eran competentes, basándose en que el demandado había extendido intencionalmente su actividad fuera del Estado de Michigan, negociando en Florida un contrato con una empresa con sede en dicho Estado, donde se comprometió a enviar los pagos correspondientes. Se entendió que el demandado obtenía beneficios de esta actividad, y causó un perjuicio a un residente del Estado del foro, por lo que era justo someterlo a dicha jurisdicción, aunque no hubiera ingresado físicamente a Florida (Reese / Rosemberg).

El elemento principal tenido en cuenta por la Corte (el Juez Brennan, redactor del fallo, lo señala expresamente) fue que, aunque las partes tenían diferente capacidad económica y, por ende, de negociación, ambas eran "comerciantes" y que, por lo tanto, se imponía un análisis económico de la situación, acorde a las reglas del libre mercado. La decisión de la Corte permitió a *Burger King* centralizar todos los juicios en Florida sin ni siquiera haber incluido la cláusula de jurisdicción a texto expreso en sus contratos de adhesión, extremo que mereció fundadas críticas (Juenger). Tales antecedentes deberían ser tenidos en cuenta a la hora en que las actividades de este tipo sean sometidas a control legislativo o jurisprudencial en nuestro medio.

1190. En lo atinente al contrato de franquicia, dada la diversidad de modalidades y la ausencia de normas al respecto, creemos que no puede darse una solución genérica para este tipo de contrato. Por el contrario, es preciso analizar caso a caso para determinar el derecho aplicable. Sin embargo, en el caso que fuera aplicable el TMDCI de 1940 por estar involucrados países ratificantes del mismo, debería calificarse dentro de la categoría actos jurídicos art. 38.4 (servicios), dada la función económica que cumple este contrato "una nueva modalidad en la circulación de los bienes y/o servicios del productor al consumidor" (Merlinsky). La aplicación de los lit. a), b) o c) dependerá de las características del *franchising* en cuestión.

Lo expuesto precedentemente es de aplicación en los Estados parte del MERCOSUR, excepto en Brasil. No existe derecho convencional en la materia que vincule a Brasil con los restantes países mercosureños. Por consiguiente, de presentarse un contrato que vincule a Brasil con alguno de los otros Estados parte habría que recurrir al DIPr autónomo. En el caso del DIPr uruguayo, este género de contratos también se calificaría en la categoría amplísima de "actos jurídicos", dada la inexistencia de otra categoría más específica. El art. 2399 del Apéndice del CC consagra la categoría de actos jurídicos tomando como punto de conexión la ley del lugar de cumplimiento, remitiendo a los arts. 34 a 38 del TMDCI de 1889 en lo que respecta a las reglas de interpretación. Las reglas de interpretación previstas en ambos Tratados son idénticas (arts. 34 y 38 del TMDCI de 1989 y TMDCI de 1940, respectivamente), por

lo que nos remitimos a lo expresado más arriba. Formalmente las fuentes normativas aplicadas en uno y otro caso son diferentes (TMDCI de 1940 y Apéndice) pero se arriba a idénticas soluciones sustantivas.

En conclusión, en cuanto al derecho aplicable a los contratos de distribución en sentido amplio, entendemos que no puede darse una solución única, siendo imprescindible un análisis casuístico dada la diversidad de modalidades existente en cada especie y la falta de unanimidad de la doctrina para caracterizarlos. Esto no quita que pueda afirmarse que en todos los casos se trata de contratos que versan sobre la prestación de un servicio, dada la función económica que cumplen en el ámbito comercial.

1191. Sobre la jurisdicción internacionalmente competente, en el ámbito del MERCOSUR contamos con el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, que establece en su art. 4 la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción por las partes contratantes. Si bien hasta el momento Uruguay es el único Estado que no lo ha ratificado, entendemos que es trascendente como criterio de unificación de las diferentes previsiones en la materia a nivel de derecho de fuente interna de los Estados miembros. Los contratos de distribución en sentido genérico entran dentro del ámbito de aplicación por no preverse su expresa exclusión en el art. 2 del Protocolo. Por consiguiente, en materia de jurisdicción competente serían de aplicación sus previsiones excepto en el caso de Uruguay. De verse involucrado Uruguay habría que recurrir al art. 56 del TMDCI de 1940 (con Argentina y Paraguay) o al DIPr autónomo, art. 2401 del Apéndice (con Brasil).

1192. A nivel del derecho interno de cada Estado parte del MERCOSUR es muy escasa la normativa relativa al tema de los contratos de distribución en sentido genérico. Argentina no tiene legislación vigente, aunque se ha contemplado la regulación en los diversos proyectos de CC; el Proyecto 1998 trata el contrato de agencia (arts. 1361 a 1381) y el de concesión (arts. 1382 a 1391) y declara aplicables las normas sobre concesión a los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes (art. 1391). En Brasil existe una ley sobre representantes comerciales autónomos (Ley N° 4886 de 9/12/1965), otra sobre la concesión comer-

cial entre productores y distribuidores de vehículos automotores (Ley N° 6729 de 28/11/1979, modificada por Ley N° 8132 de 26/12/1990) y una sobre franquicias (Ley N° 8955/1994). El nuevo Código Civil (Ley N° 10.406 de 10/1/2002, que entró en vigencia el 11/1/2003) regula los contratos de agencia y distribución en los arts. 710 a 721. En Paraguay está vigente una ley de 1991 que trata el tema de rescisión, receso unilateral e indemnización tarifada de los contratos de distribución en general. En Uruguay se menciona tangencialmente el tema en algunas normas. El Decreto-Ley N° 14.625 (1978) sobre distribución de productos, pretendió resolver en once artículos asuntos tributarios y de seguridad social y sin abarcar la disciplina en general, establece cuándo una empresa es considerada independiente. La Ley N° 16.497 (1994) establece cierto control para las firmas extranjeras y representantes o agentes de firmas extranjeras. Por último, los Decretos N^{os} 369/1994 y 538/1994 crean un Registro en el que deben inscribirse las firmas extranjeras.

IV. Contratos de transmisión de derechos de propiedad industrial

1. Aspectos generales

1193. La propiedad intelectual es internacional casi por definición. En lo que atañe específicamente a la propiedad industrial ello se manifiesta en forma evidente. La inmensa mayoría de las patentes, por ejemplo, como aquéllas por las cuales se intenta proteger el invento de una nueva droga, se explotan mundialmente; lo mismo sucede con las marcas renombradas que se utilizan para distinguir productos de determinada clase en todo el mundo. Por eso se dice tradicionalmente que es vital, en este contexto, que el propietario de la patente de una nueva droga pueda impedir que una compañía extranjera copie la droga, así como que los propietarios de marcas registradas puedan defender sus derechos sobre las mismas. Desde otra perspectiva, más humana, es creciente la preocupación por los abusos en el ejercicio de estos derechos de propiedad, en detrimento de derechos esenciales como el derecho a la vida. El caso de las consecuencias nefastas que está produciendo el abuso de las patentes sobre los fármacos que permiten mitigar los sufrimientos cau-

sados por el sida y prolongar la vida a los portadores del virus, es suficientemente conocido y constituye sólo un ejemplo sobre la cuestión.

La aludida internacionalidad se introduce desde larga data en la esfera negocial relacionada con los derechos de propiedad industrial. Nada se opone a que estos contratos se celebren entre partes domiciliadas en un mismo país; pero lo frecuente es que el titular de la tecnología tenga su establecimiento en un país altamente industrializado, en tanto que quien la recepciona tenga su establecimiento en un país en vías de desarrollo. Por ello, en la práctica del comercio internacional se llama cedente o exportador de tecnología a una parte, y cesionario o importador a la otra. Las expresiones exportador e importador son utilizadas aquí en sentido figurado (Farina). Con relación a los contratos referidos es indudable la existencia de conceptos básicos similares con relación a aquellos países cuyo derecho tiene orígenes comunes, como sucede dentro de MERCOSUR.

1194. Los contratos de transmisión de derechos de propiedad industrial pueden ubicarse dentro de la categoría más amplia de contratos de transferencia de tecnología. Esta categoría más abarcativa también ha sido definida por A. Roncero Sánchez como "negocios de otorgamiento de un derecho de uso sobre un bien inmaterial". Dentro de esta categoría genérica pueden agruparse diversas especies, que en el comercio internacional suelen reconocerse bajo alguna de las siguientes modalidades, entre otras: contrato de licencia, información técnica, *know how*, asistencia técnica y consultoría.

2. Licencia

1195. Una de las cuestiones de mayor trascendencia jurídico-económica relacionadas con los derechos de propiedad industrial es la contratación que tiene por objeto la cesión o la concesión de licencias de uso o explotación, de tecnología o conocimientos técnicos, que incluye frecuentemente prestación de servicios y licencia o cesión de patentes, modelos, marcas y otras modalidades de propiedad industrial (Rippe). Es opinión mayoritaria que los contratos de licencia recaen sobre bienes inmateriales protegidos por una patente o por una marca. Por ello Stumpf sostiene que los contratos sobre inventos para los cuales se encuentra

pendiente de otorgamiento la patente solicitada, deben considerarse contratos de *know how* y no de licencia.

Históricamente, el contrato de licencia surge en relación con la explotación de las patentes, lo que explica que esta modalidad del contrato de licencia haya sido la que más atención ha recibido por parte de la doctrina y que, alrededor de ella, se haya construido la doctrina general sobre el propio contrato de licencia, para extender posteriormente su objeto también a la utilización o explotación de otros derechos de la propiedad industrial y singularmente, del de marca (Roncero Sánchez). En la actualidad, entre los negocios jurídicos de los cuales puede ser objeto un bien inmaterial protegido con un derecho de la propiedad industrial, singularmente, invenciones patentadas y marcas registradas, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos así como en la normativa internacional aplicable se reconoce y regula el denominado "contrato de licencia" o, simplemente, "licencia". El reconocimiento legal de esta figura contractual y el establecimiento de un régimen jurídico para la misma es relativamente reciente en todos los ordenamientos jurídicos. No obstante en el tráfico jurídico esta figura cuenta con una larga implantación que arranca desde los primeros momentos del reconocimiento de derechos sobre determinados bienes inmateriales. Con carácter general, sin embargo, el tratamiento legal de esta figura no alcanza a resolver gran parte de las cuestiones que su complejidad suscita (Roncero Sánchez).

1196. En el derecho uruguayo, así como en la mayoría de los derechos, se prevé la posibilidad de otorgamiento de licencias obligatorias por razones de interés público, por falta de explotación, por prácticas anticompetitivas, etc. Nos parece más preciso entonces, para aclarar que nos estamos refiriendo a las licencias de origen negocial, hablar de "contrato de licencia" y no meramente de "licencia". En los usos del comercio internacional, "licencia" se emplea como expresión abreviada de "contratos de licencia para el uso de patentes de invención, de modelos industriales y de marcas". En este sentido, por contrato de licencia se entiende el contrato en virtud del cual un sujeto titular de un derecho de la propiedad industrial (licenciante) autoriza a otro (licenciatario) la utilización o explotación de un bien inmaterial protegido con dicho derecho, generalmente a cambio de un precio (Roncero Sánchez).

Podemos calificar un contrato como contrato de licencia por su objeto, que, como se estableció *supra*, se identifica como un bien inmaterial protegido por un derecho de propiedad industrial. También debemos analizar su causa, que no es más que facilitar a un tercero el uso o explotación del bien inmaterial protegido, así como la prestación esencial, que está constituida por la obligación del licenciante de autorizar al licenciatario el uso o la explotación del bien inmaterial y hacer todo lo necesario para que el segundo pueda ejercer pacíficamente su derecho. En cuanto a las obligaciones del licenciante, se discute en doctrina si se trata de obligaciones puramente negativas o si por el contrario, como nosotros entendemos, tal como surge de la descripción de la prestación esencial vertida, el licenciante debe procurar el goce pacífico de su derecho por parte del licenciatario.

1197. En derecho comparado, se le adjudican al contrato de licencia los siguientes caracteres: consensual, bilateral y sinalagmático, oneroso y conmutativo, de duración o tracto sucesivo, *intuitu personae*, y de colaboración. Merece especial atención el carácter de tipicidad. Por contrato típico se entiende aquel que viene regulado expresa y directamente por el ordenamiento jurídico, es decir, aquel que goza de una disciplina normativa legal (Roncero Sánchez). Por su parte, contrato atípico es aquel que carece de regulación expresa en el ordenamiento jurídico. La doctrina denomina "tipicidad social" para referirse a aquellos contratos que, careciendo de una disciplina normativa, sin embargo se otorgan muy frecuentemente en la práctica, de manera que su reiterada celebración les dota de un *nomen iuris* por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal y jurisprudencial (Diez-Picazo). El contrato de licencia ha sido tradicionalmente en la generalidad de los ordenamientos jurídicos un contrato legalmente atípico pero "socialmente típico".

En la actualidad, tras la aprobación de nuevas leyes de marcas y de patentes en nuestros países, como lo son en el Uruguay la Ley de Marcas de 1998 y la Ley de Patentes de 1999, en donde se regula el contrato de licencia de marca y el contrato de licencia de patente, respectivamente, podemos hablar ahora de contratos típicos. Sin embargo, las normas previstas se refieren a la determinación de su licitud, al estable-

cimiento de determinados requisitos de forma, a los efectos de su inscripción en un registro público y a algún aspecto de su contenido. Cuestiones tan relevantes como su perfección, cumplimiento, incumplimiento y extinción carecen de regulación, lo cual ha llevado a un sector de la doctrina a considerar al contrato de licencia como un contrato "parcialmente típico" (Massaguer). Es por ello que aun cuando el contrato de licencia ha alcanzado una regulación mínima expresa tanto en materia de patentes como de marcas, se siguen planteando problemas similares a los que se plantean con relación a los contratos atípicos, es decir la búsqueda de un régimen jurídico general que permita cubrir las eventuales cuestiones no previstas por la regulación específica, y que no hayan sido cubiertas por la voluntad de las partes, cuestión que únicamente podrá ser resuelta a partir del análisis de su naturaleza jurídica.

1198. Los contratos de licencia pueden ser principales o accesorios, según las circunstancias del caso. El segundo tipo se da generalmente en el marco de una relación de cooperación amplia entre dos empresas. El carácter accesorio de un contrato puede alterar sus efectos, por lo que nos remitimos a lo expresado en el capítulo referido a contratos (Cap. 25). En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de licencia, debemos tener presente, al pretender su análisis, las particularidades que pueden presentarse en las distintas modalidades en función de su objeto. Las diferencias entre derechos sobre creaciones industriales y derechos sobre signos distintivos dota de singularidades sustantivas a las diversas modalidades de contrato de licencia que, sin embargo, no son suficientes para fundamentar una diferente naturaleza del contrato en cada caso.

Y fundamentalmente, deben considerarse la heterogeneidad y la complejidad que presenta el contenido de estos contratos en la práctica. Las diferencias en función del objeto y la yuxtaposición con las relaciones económicas que subyacen a la celebración de estos contratos hace que la práctica sea muy rica en casos especiales y acuerdos particulares que dificultan notablemente las generalizaciones. Es por ello que, al decir de Roncero Sánchez,

> "(...) el contrato de licencia no puede ser subsumido en ninguna otra figura típica, por lo que ha de considerarse como una modalidad negocial

distinta y singular frente a las demás, sin perjuicio de la mayor o menor proximidad que en cada caso pueda presentar con alguna de aquéllas"; (...) "dada la heterogeneidad de la figura en la praxis derivada de la variedad de su objeto y de la diversidad de su contenido, no es posible afirmar con carácter general la similitud con una u otra figura determinada, cuestión que habrá de resolverse mediante un proceso de inducción a partir del contenido obligacional del contrato en el caso concreto".

1199. *Contrato de licencia de patente.* En su acepción más simple, contrato de licencia de patente es aquél por el cual el titular de una patente de invención autoriza a la otra parte a usar o explotar industrialmente la invención sin transferirle la titularidad. En la licencia, el licenciante (titular de la patente) sólo concede al licenciado (o licenciatario) su uso. No es esencial que tal uso se conceda con exclusividad; es un contrato por el cual el titular de una patente autoriza a alguien a usar o explotar la invención sin transferirle la propiedad (De Gama Cerqueira, citado por Breuer Moreno). Burst (citado por Cabanellas), ha definido el contrato de licencia de patente como aquél por el cual el titular de una patente concede a un tercero, en todo o en parte, el goce de su derecho de explotación, mediante el pago de una contraprestación; y Cabanellas, por su parte, sostiene que es aquel que tiene por objeto la autorización de la explotación, por una de las partes (el licenciatario), de la invención patentada por la otra (licenciante).

1200. *Contrato de licencia de marca.* La particularidad del contrato de licencia de marca está constituida por su objeto, que en lugar de tratarse de una patente de invención, de un modelo de utilidad o de un diseño industrial, se trata de un signo distintivo, que puede ser denominativo, figurativo o mixto, protegido por derechos de propiedad industrial obtenidos a partir de su registro como tal.

3. Diferencias entre licencia y cesión

1201. La principal distinción entre cesiones y licencias se funda en que mientras en las primeras el titular transfiere todos sus derechos, en

las segundas solamente otorga el derecho a utilizar la invención, o signo distintivo de que se trate, sin desprenderse de los demás que emanan de su condición de propietario de la patente o marca. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha llegado a definir los contratos de licencia de patente mediante su comparación con las cesiones de patentes, indicando su mutua exclusión. Los autores estadounidenses que, dada la importancia de los contratos de licencia en su medio, han sido los que más detalladamente han tratado el tema, tienden a adoptar la posición de que la distinción fundamental entre cesiones y licencias está relacionada con el derecho o la falta de derecho del licenciatario o cesionario para actuar en su propio nombre contra terceros infractores de la patente, sin necesidad de que el titular original comparezca como demandante (Cabanellas).

La distinción entre ambas figuras, si bien deriva de principios generales de derecho privado, no deja de tener trascendencia, pues son de relevancia las proyecciones desde el punto de vista jurídico-económico que tienen los contratos relacionados con los derechos de propiedad industrial, tanto la contratación que tiene por objeto la cesión, como la concesión de licencias de uso o explotación, de tecnología o conocimientos técnicos, que incluye frecuentemente prestación de servicios, y licencia o cesión de patentes, modelos, marcas y otras modalidades de propiedad industrial. La diferencia entre licencia y cesión es básica: en el primer caso se concede a un tercero un derecho de uso o explotación por un tiempo determinado; en el segundo caso el derecho se transfiere al tercero con carácter definitivo.

Para Rippe, ante la inexistencia de un régimen legal general en materia de contratos de licencia y transferencia de tecnología, se vuelve necesario fijar su naturaleza a los efectos de aplicarles las disposiciones correspondientes a los contratos que presenten una mayor analogía, para su integración o interpretación. Así, Rippe entiende que la transferencia o cesión es una compraventa de derechos incorporales, de cosas muebles y que la licencia de uso o explotación presenta similitudes con el arrendamiento de cosa mueble; pero constituye un contrato atípico e innominado (parcialmente típico con relación a las marcas y a las patentes en el derecho uruguayo actual) con modalidades propias y diferenciales.

V. Contratos bancarios y garantías independientes

1. Aspectos generales

1202. Los contratos bancarios más utilizados en el comercio internacional son aquellos que tienen la función de servir como medios de pago internacionales, como sucede con el crédito documentario o carta de crédito, contrato bancario internacional por excelencia, o con otros contratos bancarios empleados en el comercio internacional como las cobranzas simples y las documentarias, las transferencias de fondos, las tarjetas de crédito, las cuentas bancarias en el exterior, que también se emplean habitualmente como medios de pago, por lo que se tratan en el cap. 27. De modo que en este capítulo abordamos solamente algunos aspectos generales sobre los contratos bancarios, como las normas aplicables y tratamos específicamente aquellos contratos bancarios que no tienen por objeto directo realizar un pago o descontar un documento, como es el caso de las garantías autónomas o independientes (Hernández Martí).

1203. La ausencia de regulación legal de las operaciones bancarias que generalmente se advierte en los códigos de comercio u otra legislación interna de la mayoría de los países, se evidencia también en el MERCOSUR, con excepción de Paraguay, lo que nos enfrenta a situaciones de atipicidad legal aunque no social, pues los contratos bancarios se encuentran perfectamente caracterizados y tipificados en la práctica bancaria interna e internacional.

El Código Civil de Paraguay de 1987 trata los contratos bancarios en los arts. 1404 a 1430, regulando los depósitos bancarios –de dinero, de títulos y el servicio de custodia en cajas fuertes– la apertura de crédito, el anticipo bancario, las operaciones bancarias en cuenta corriente y el descuento bancario. No contiene normas de derecho internacional privado, salvo la mención que realiza el art. 1426 a la posibilidad de que los bancos encomienden a otros bancos corresponsales, los encargos recibidos de sus clientes que deban cumplirse en otra plaza donde no existen filiales del banco.

En el resto de los países pueden resultar aplicables a los contratos bancarios algunas normas internas referidas al contrato de comisión comercial, o mandato sin representación, que la doctrina y la jurisprudencia argentina han entendido aplicable a algunos aspectos del crédito documentario (Labanca, Boggiano), caso *"Pablo Treviso c/ Banco Argentino de Comercio"*, 31/8/1976 (*ED*, 77, 426), entre otros, y de la cobranza de documentos en el exterior, caso *"Cicerone c/ Banco de Entre Ríos"*, CNCom-E, 19/2/1982 (*DJ*, 1985-10-300).

1204. Los mismos operadores bancarios son quienes han elaborado reglas especializadas o usos uniformes, aplicables por remisión de los contratos, lo que se denomina incorporación por referencia. El fenómeno de que la totalidad de las instituciones bancarias utiliza las reglas uniformes otorga a estas autorregulaciones un importante efecto uniformador de la regulación en la materia. Podría hablarse de un derecho uniforme *sui generis* (Checa Martínez), en la medida en que la fuente normativa es la autonomía material de la voluntad, al incorporar los usos uniformes. Entre estos usos y prácticas internacionales, tienen especial importancia las reglamentaciones de la CCI, como las Reglas y usos uniformes del crédito documentario, revisión de 1993, publicación CCI 500, vigente desde 1/1/1994; las Reglas uniformes para la cobranza de documentos, publicación CCI 522, vigente desde el 1/1/1996; las Reglas uniformes para los reembolsos de banco a banco, publicación CCI 525, vigente desde el 1/7/1996 y las Reglas uniformes sobre garantías autónomas, 1991, publicación CCI 458.

1205. Por otra parte, la UNCITRAL ha trabajado intensamente en la unificación de los Pagos Internacionales y entre otros instrumentos ha elaborado la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente, firmada en Nueva York el 11 de diciembre de 1995.

A pesar de la importancia de los usos y de la labor desarrollada por UNCITRAL, a veces es necesario acudir también a un derecho nacional aplicable para solucionar las cuestiones no regidas por las otras fuentes. Puede decirse que existe total acuerdo en que, en ausencia de una ley elegida por las partes, los contratos bancarios se rigen por la ley del

domicilio o establecimiento del banco. La regla se deriva de la teoría de la prestación característica, ya que la entidad bancaria es la deudora de la misma (Boggiano, Checa Martínez).

1206. Resulta más difícil encontrar la ley aplicable cuando se trata de operaciones interbancarias, o de los segmentos entre dos bancos de los contratos bancarios. El problema es más aparente que real, como bien lo señala Miguel Checa Martínez, pues la posición del banco mandante es asimilable a la del cliente comercial; el banco mandatario en cambio, actúa en el ejercicio de su específica actividad profesional. Por lo tanto, ha de aplicarse la ley del domicilio del banco mandatario, es decir del banco a quien se encomendó la gestión, o del banco confirmador. Por ejemplo, cuando un banco comisionado por su cliente encomienda a otro banco del extranjero la cobranza documentaria de una letra de cambio, la ley aplicable a la relación entre ambos bancos, es la del domicilio o establecimiento del banco mandatario, es decir del banco a quien se encomienda la gestión de cobro. El fundamento del criterio de prestación profesional característica se encuentra en el fenómeno de la contratación en masa, ya que por una exigencia práctica los contratos celebrados de este modo deben quedar sujetos a una misma ley. La ley será lógicamente la del banco, ya que la de los clientes puede variar. Esta uniformidad jurídica responde a una exigencia económica de reducción de costos.

Es habitual que las entidades financieras tengan filiales o sucursales en distintos países, en uno y otro caso se tomará en consideración el domicilio de la filial o sucursal. Si se utiliza como punto de conexión el establecimiento del banco, no resulta necesario hacer otras precisiones, pero cuando se recurre al criterio del domicilio del banco, si la contratación fue realizada por una sucursal, hay que aclarar que la ley aplicable no será la de la sede o establecimiento principal o domicilio de la matriz extranjera, sino la del domicilio de la sucursal.

La aplicación de la ley del banco a los contratos bancarios es una cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia. Cuando se han redactado normas de conflicto se ha seguido ese criterio, por ejemplo, las garantías independientes se rigen por la ley del Estado en que el garante (banco) tenga el establecimiento donde la promesa haya sido emitida

(art. 22 de la Convención de UNCITRAL de 1995 sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente).

2. Garantías autónomas

1207. Es frecuente en el comercio internacional que el vendedor de bienes o servicios, o quien se compromete a realizar una obra pública o privada, o quien participe en una licitación, deba presentar una garantía por el mantenimiento de la oferta, o por la ejecución del contrato, hasta determinada suma, a favor del comprador o licitante. En las últimas décadas surgieron las garantías independientes, también llamadas garantías autónomas o abstractas, garantías a primera demanda o a primer requerimiento, como una forma de sustituir las cauciones en dinero o títulos que hacían más onerosos los empréstitos en los contratos de obras públicas (Wald, Villegas).

Se establece una relación jurídica compleja entre tres partes o cuatro: el "solicitante" de la garantía, ordenante o principal (vendedor o participante en una licitación) es la parte a quien se le exige que preste una garantía, en el llamado contrato base, por ejemplo para la realización de una obra; el "beneficiario" (comprador o licitante) es la persona que tiene derecho a reclamar el pago de la garantía y es generalmente quien contrata con el solicitante; el "garante o emisor" generalmente es un banco y es quien se compromete a pagar al beneficiario. El solicitante puede ser cliente del banco garante o serlo de un banco establecido en otro país, que es lo más habitual; en este último caso el banco de la plaza del solicitante "parte ordenante" requiere a un banco del extranjero –garante o emisor– que otorgue la garantía.

1208. Como puede advertirse, entre el solicitante y el garante se celebra un contrato bancario que es una típica relación de crédito, ya que el banco analizará las condiciones de la garantía, la solvencia y capacidad de pago del solicitante, requerirá contragarantías y estipulará la comisión que cobrará, que está en relación directa con el riesgo que asume y con el tiempo de duración de la garantía (Villegas). También existe un contrato base u operación subyacente en la que generalmente son parte

el beneficiario y el solicitante. Por el contrario, no existe relación contractual entre el garante y el beneficiario. El banco garante asume una obligación unilateral frente al beneficiario (Villegas), aunque algunos autores sostienen que se trata de un contrato en el que el único obligado es el banco (Hernández Martí).

Lo que diferencia este tipo de garantías de las garantías personales clásicas, como la fianza, es su independencia de la relación subyacente. Por una parte, la garantía independiente no está condicionada a la validez de la operación subyacente, lo que hace que no sea accesoria y por otra parte el cumplimiento de la promesa otorgada no está sujeto a ningún acto, sino solamente a la presentación de la documentación requerida.

1209. Las garantías independientes son garantías otorgadas por bancos a favor de un tercero para el supuesto en que produzca el incumplimiento en la relación garantizada, con la particularidad de que este tipo de operaciones son independientes de la relación de base y exigibles por la simple solicitud del tercero beneficiario, sin que deba probarse el incumplimiento del deudor en la relación subyacente (Checa Martínez, Carrillo Pozo). Técnicamente pueden distinguirse dentro del género de las garantías independientes o abstractas, las garantías a primera demanda o a primera solicitud exigibles por la simple solicitud del tercero beneficiario, sin que se requiera presentación de documentos, de las cartas de crédito contingente, que requieren la presentación de documentos.

En las garantías a primera demanda, cuando el beneficiario reclama el pago de la garantía, el banco garante no puede requerir documentación probatoria alguna del incumplimiento del solicitante; tampoco puede plantear excepciones, salvo los casos de fraude, abuso de derecho o mala fe. Simplemente debe pagar. Las garantías abstractas funcionan, de algún modo, con el principio del derecho tributario *"solve et repete"*, es decir pague primero y luego repita.

La Cámara de Comercio Internacional elaboró en 1978 las Reglas uniformes de garantías contractuales, publicación CCI 325, pero estas reglas no se aplican a las garantías independientes. Posteriormente, se aprobaron las Reglas uniformes sobre garantías autónomas, de 1991, publicación CCI 458, que específicamente se refieren a este tipo de garantías y las Reglas sobre cartas de crédito contingente internacionales,

(*International Standby Practices* ISP98, publicación CCI 590) que entraron en vigencia el 1° de enero de 1999 (ver cap. 27.V).

1210. La garantía independiente puede ser definida como la obligación asumida generalmente por un banco, de pagar una suma de dinero ante el simple requerimiento del beneficiario, acompañado de documentos en su caso, por falta de cumplimiento de una obligación del solicitante de la garantía o de otra persona o por otra contingencia, de acuerdo a los términos y condiciones de la obligación.

Puede extraerse este concepto simplificado del que elabora el art. 2.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente (1995), que no ha sido aprobada todavía por ninguno de los países del MERCOSUR y asociados. La Convención requiere la ratificación de cinco Estados y el transcurso de más de un año para entrar en vigencia (art. 28); el 1° de enero de 2000 entró en vigencia con relación a los cinco primeros Estados ratificantes, tres de ellos latinoamericanos: Ecuador, El Salvador, Kuwait, Panamá y Túnez. Con posterioridad, sólo ha entrado en vigor para Bielorrusia (el 1° de julio de 2002) hasta 1°/12/2002.

La Convención de UNCITRAL de 1995 contiene normas materiales que unifican el derecho de fondo en esta materia y también normas de conflicto (arts. 21 y 22), pero no se refiere a la jurisdicción internacional. En lo que respecta a su ámbito material, la Convención se aplica a las garantías independientes y a las cartas de crédito contingente, definidas en el art. 2.1. Están incluidas las contragarantías y las confirmaciones de garantías, que se consideran promesas (art. 6.a). Cuando se utiliza el término "promesa" hay que entender que la Convención se refiere a la garantía independiente, pero adopta este concepto para que quede incluida también la carta de crédito contingente. La Convención también se aplica a cartas de crédito no comprendidas en su ámbito material de aplicación (art. 2), es decir a cartas de crédito que no sean contingentes si se indica que queda sometida a la Convención (art. 1.2), esto es, la autonomía de la voluntad es la que la hace aplicable.

> "Por 'contragarantía' se entenderá una promesa dada al garante/emisor de otra promesa por su parte ordenante en la que se disponga el pa-

> go a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la promesa, donde se indique o de la cual o de los cuales se infiera que se ha reclamado el pago conforme a esa otra promesa a la persona que la emitió, o que esa persona ha efectuado ese pago" (art. 6.c).
>
> "Por 'confirmación' de una promesa se entenderá una promesa que se añade a la del garante/emisor, y autorizada por él, en virtud de la cual el beneficiario podrá optar por reclamar el pago al confirmante en vez de al garante/emisor, mediante simple reclamación o reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la promesa confirmada, sin perjuicio de su derecho a reclamar el pago del garante/emisor" (art. 6.e).

1211. La garantía es internacional cuando los establecimientos indicados en ella de por lo menos dos personas están ubicados en distintos Estados: el garante, el solicitante, la parte ordenante o el confirmante (art. 4). En lo que se refiere al ámbito espacial de la Convención, se aplica cuando el establecimiento del garante donde se emite la promesa se halla en un Estado parte (1.1.a) o la ley aplicable de acuerdo a las normas de DIPr es la de un Estado parte (1.1.b), salvo que en la garantía se haya excluido la aplicación de la Convención (1.1).

Las normas de conflicto de la Convención tienen carácter universal (art. 1.3), a diferencia de lo que sucede con las normas materiales. Esto significa que las normas de conflicto o indirectas serán aplicadas por los Estados parte de la Convención, a cualquier conflicto de leyes en materia de garantías independientes, sea o no ratificante de la Convención el Estado o los Estados con los cuales esté conectada la situación jurídica.

1212. Los principios de interpretación de la Convención coinciden con los de varios textos de la UNCITRAL, el carácter internacional, la uniformidad en la aplicación y la buena fe (art. 5). Las normas aplicables a la garantía son en primer lugar los términos de la misma –las condiciones generales y los usos a los que se haga remisión en la misma, autonomía de la voluntad material–, y las normas de la Convención.

También se aplican las reglas y los usos internacionales generalmente aceptados en la práctica tanto para interpretar la garantía, como en el cumplimiento de la garantía (arts. 13 y 14). La ley aplicable es la designada en la garantía o que sea "deducible de los términos de la misma" o que se haya pactado en otra parte entre el garante y el beneficiario (art. 21). En defecto de elección, la garantía se rige por la ley del lugar donde se otorga, es decir donde el garante tenga el establecimiento donde la promesa fue emitida (art. 22).

1213. Con respecto a la forma de la garantía la Convención autoriza, sin nombrarlos expresamente, los medios electrónicos, ya que permite que la promesa se emita en cualquier forma que posibilite dejar constancia del texto y autenticar su origen por un medio generalmente aceptado o un procedimiento convenido entre el garante y el beneficiario (art. 7.2). La garantía es irrevocable desde el momento de su emisión, es decir cuando sale de la esfera de control del emisor (art. 7.1), salvo que se disponga en el momento de la emisión que es revocable (art. 7.4). La promesa no puede ser modificada salvo que lo autorice el beneficiario o que la modificación se realice en la forma autorizada por la misma promesa. De cualquier modo la modificación no afecta los derechos y las obligaciones del solicitante o de la parte ordenante o del confirmante, si estas personas no consienten la modificación (art. 8).

La garantía es en principio intransferible, lo que significa que el beneficiario no puede ceder o transferir el derecho a requerir el cumplimiento de la garantía, salvo que lo autorice la misma garantía (art. 9), pero puede ceder la suma que le sea debida o que le pueda llegar a ser debida, notificándolo al garante (art. 10).

1214. Si la garantía no indica una fecha de vencimiento o si no ha sucedido el hecho o acto del que depende el vencimiento, el derecho a reclamar el pago se extingue a los seis años desde la emisión (arts. 11.d) y 12). El beneficiario debe formular su reclamación dentro del plazo convenido y acompañar la documentación o certificación requerida (art. 15). El garante debe comprobar que los documentos presentados son conformes con los términos de la promesa en un plazo razonable que no puede exceder de siete días laborables y si decide que no efectuará el pa-

go debe notificar al beneficiario por un medio expedito, indicando los motivos (art. 16).

El pago debe efectuarse sin demora, salvo que se haya previsto en la garantía un pago diferido (art. 17); puede consistir en la entrega de moneda o unidad de cuenta, la aceptación de una letra de cambio, un pago diferido o la entrega de determinado artículo de valor (art. 2.3). El garante puede cumplir el pago, invocando su derecho de compensación, salvo que se trate de un crédito cedido por el solicitante o por la parte ordenante (art. 18) o que no lo autorice la garantía.

1215. La Convención recepta las soluciones de la jurisprudencia y la doctrina sobre excepciones a la obligación de pago (art. 19), que en general se habían admitido en casos de fraude, abuso de derecho y mala fe. El banco puede retener el pago cuando se presentan documentos falsificados o que carecen de autenticidad (19.1.a)), no se debe el pago en razón del fundamento alegado en la reclamación (19.1.b)) o la reclamación carece de todo fundamento (19.1.c)).

Se enumeran algunos supuestos en los que la reclamación carecería de todo fundamento: cuando es indudable que no se ha producido la contingencia o el riesgo (19.2.a)); cuando la obligación subyacente haya sido declarada inválida por un tribunal arbitral o judicial (19.2.b)); o ésta se haya cumplido (19.2.c)); cuando el cumplimiento de la obligación subyacente se ha visto impedido por la conducta dolosa del beneficiario (19.2.d)) y cuando el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante (19.2.e)).

En estos supuestos el solicitante de la garantía puede requerir judicialmente medidas provisionales, que pueden consistir en un mandamiento preventivo para que el garante retenga el importe de la promesa y el beneficiario no reciba el pago o se disponga el bloqueo del importe pagado (art. 20).

1216. Las cartas de crédito contingente o *stand-by letter of credit* están comprendidas en la Convención de UNCITRAL de 1995 (art. 2.1), puesto que su función primordial es de garantía abstracta, aunque tienen la forma y la estructura jurídica del crédito documentario. La razón por la cual comenzó a utilizarse esta modalidad de crédito documenta-

rio se encuentra en la prohibición que afecta a los bancos de Estados Unidos de emitir garantías, que los llevó a emplear la carta de crédito no como medio de pago, sino en función de garantía (Checa Martínez).

El banco garante es el banco emisor de la carta de crédito contingente, quien se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero ante su reclamo acompañado de determinados documentos, cuya presentación resulta imprescindible por la mecánica propia del crédito documentario. El banco abre la carta de crédito a solicitud o por instrucciones de su cliente (solicitante) o conforme a las instrucciones de otro banco (parte ordenante) que actúa a instancias del solicitante (art. 2.2 de la Convención de UNCITRAL de 1995) (ver Cap. 27.V).

3. Cuenta corriente

1217. La cuenta corriente bancaria es internacional cuando el domicilio o establecimiento del titular está ubicado en un país distinto de aquél donde se encuentra el establecimiento o sucursal del banco. Como todos los contratos bancarios la cuenta corriente se rige por la ley del domicilio del banco. En el marco de los Tratados de Montevideo, Boggiano entiende aplicable el art. 38 b) del TMDCI 1940 y el art. 34 b) TMDCI 1989, como contrato de prestación de servicios cuya eficacia se relaciona con un lugar especial, porque el servicio bancario se relaciona con la sede del banco, aun cuando éste realice alguna gestión fuera de su domicilio. Pensamos que la ley del domicilio del banco rige el contrato de cuenta corriente, ya sea por aplicación del art. 38 b) o del art. 38 c), pues la regla residual "domicilio del deudor al tiempo de celebración del contrato", por ser el banco el deudor de la prestación de servicios conduce igualmente a la ley del domicilio del banco.

En la dimensión autónoma de Argentina, Paraguay y Uruguay, se habrá de llegar también a la aplicación de la ley del domicilio del banco, porque el punto de conexión lugar de cumplimiento será interpretado en el sentido de que se refiere al domicilio del deudor de la prestación característica. En Brasil puede llegarse a la aplicación de la ley del banco, por considerar que el proponente del contrato es el banco, sin perjuicio de recordar que el punto de conexión principal del art. 9 LICC el lugar de celebraciónn del contrato.

VI. Garantías mobiliarias

1. Aspectos generales

1218. El fenómeno más característico y chocante de todos cuantos componen eso llamado globalización es el de la circulación sin frenos ni medida de los flujos de capitales y que el mismo se ha convertido, muy especialmente en el transcurso de la última década, en el elemento central del funcionamiento de la economía mundial. Y es básicamente por esa razón que las garantías han dado el salto definitivo desde la tranquila monotonía del ámbito doméstico a la cautivante pero azarosa escena internacional, sin que esto signifique que el primero esté desprovisto de interés y, en algunos Estados, de notable desarrollo. De hecho, gran parte del discurso generado en torno a las garantías mobiliarias en los últimos treinta o treinta y cinco años tiene que ver, como comprobaremos, con las posibilidades y conveniencia de extender mundialmente un régimen nacional –bien que se trata de un Estado federal marcadamente plurilegislativo en materia de derecho privado–: el de los Estados Unidos de América.

Domésticas o internacionales, lo cierto es que la lógica esencial de las garantías se mantiene a través del tiempo y del espacio, y está en el ánimo de todos: de un lado hay necesidad de financiación para desarrollar actividades comerciales o profesionales o simplemente para consumir, y de otro hay crédito disponible, el cual se concede, básicamente, en función de la o las garantías que tiene a su alcance quien lo otorga. Si nos situamos en el campo de los préstamos internacionales de dinero, puede verse que, desde una perspectiva muy general, el tema presenta dos caras. De una parte, la preocupación por ampliar y flexibilizar el marco de los bienes susceptibles de garantizar el cumplimiento del deudor / prestatario puede verse como orientada a aumentar su acceso internacional al crédito. Sin duda, cuantas más posibilidades tenga un particular (persona física o jurídica) para constituir válidamente garantías, mayores serán también las probabilidades de obtener los fondos que necesita; en este sentido, una regulación clara, coherente y flexible de la materia le beneficiaría, a la vez que, tomada la cuestión en forma más global, también sería beneficiosa para el marco económico en el cual dicho particu-

lar desempeña su actividad. Desde la perspectiva del prestamista, es evidente que en la medida en que tal regulación sea efectiva, habrá de servirle a éste para cubrirse contra eventuales incumplimientos en la devolución de los préstamos. Desde esta óptica, esta parte vería salvadas las dificultades que se derivan de la falta de certeza en la realización de sus créditos provocada por el carácter internacional de las operaciones y por las disparidades normativas.

Precisamente, si bien la concreción de cualquier tipo de unificación normativa nunca se ofrece como una tarea de fácil factura, en materia de garantías adquiere unos ribetes particularmente complicados. Justamente, una de las cuestiones que ha planeado siempre sobre este tema, y que se ha hecho más evidente aún al socaire de los muchos trabajos de unificación emprendidos en las últimas décadas, es el de la enorme variedad que presentan las legislaciones nacionales sobre todos los aspectos de las garantías (Drobnig). Tanto es así que la copiosa proliferación de convenios, leyes modelos y de proyectos que no han adquirido esos estatus no puede hacer perder de vista la común opinión de los autores acerca de la imposibilidad de alcanzar una unificación general en esta materia. Así, uno de los más importantes especialistas en la materia, Karl Kreuzer, decía no hace mucho tiempo que: "vistas las divergencias de reglamentación de las garantías mobiliarias arraigadas en las tradiciones jurídicas y en los usos comerciales nacionales, toda tentativa de unificación global del derecho de garantías parece destinado al fracaso".

1219. Los problemas concretos respecto de las garantías también son muchos. De un lado, uno comprueba que las garantías se mueven entre la disciplina de los contratos (donde las situamos en este libro, en razón de su estrecha vinculación con el contrato del cual derivan, aunque también existen buenos argumentos para tratarlas en los Capítulos referidos a bienes), ámbito donde reina la autonomía de la voluntad, y la de los derechos reales, espacio signado por la publicidad y la protección de los intereses de terceros. De otro, las soluciones consagradas en las legislaciones estatales –incluyendo a las más recientes– son más bien divergentes, mientras que, al mismo tiempo, los más variados organismos públicos y privados dedicados a la elaboración de normas de DIPr y de DComI han tomado este tema como punto fundamental de sus agendas

de trabajo, con la vista puesta en la unificación o, al menos, la armonización de la reglamentación de la materia.

Las garantías se han ordenado desde tiempo inmemorial según una clasificación básica que distingue entre reales y personales, siendo éstas preferidas en el derecho romano (Cámara). Entre las primeras, las fórmulas más extendidas han sido la hipoteca (en principio, sobre inmuebles) y la prenda (relativa a bienes muebles). Las personales se han identificado normalmente con la figura de la fianza. Todas ellas tienen en común la idea de accesoriedad respecto de otro contrato, que en el caso de las garantías reales se configuraba tradicionalmente entre las mismas partes (deudor y acreedor) y en el de las personales se produce necesariamente con la intervención de un tercero (fiador). Pues bien, una modificación de fondo de este planteamiento inicial pasa por la consagración de la autonomía de las garantías, especialmente de las personales. Esto significa que, a pesar de lo que nos diga la realidad económica de un caso, la garantía se desliga de la operación que le sirve de base y en la cual se origina, como puede observarse palmariamente en las conocidas como garantías a primera demanda o a primer requerimiento, que tratamos más arriba (Cap. 26.V.2).

1220. En cuanto a las garantías mobiliarias, una definición simple y ajustada de las mismas, aunque demasiado genérica, es la ensayada por Karl Kreuzer, quien entiende por tal "todo derecho real sobre una cosa mueble, otorgado por contrato a un acreedor en garantía del pago de una deuda". Sobre el particular ya hicimos referencia a la prenda, vieja conocida por todos nosotros. Sin embargo, las garantías mobiliarias contemporáneas se presentan con una fisonomía y una manera de actuar muy diferente a las de nuestra antigua amiga, la cual muestra un ropaje bastante homogéneo en la mayoría de los sistemas. A diferencia de la hipoteca, en la que el bien permanece en poder del deudor, la prenda clásica se caracteriza por el llamado desplazamiento, esto es, por la efectiva entrega de la cosa (o el crédito) al acreedor.

Esta idea suele completarse con la exigencia de que la posesión dada por el deudor al acreedor o a un tercero sea una "posesión real en el sentido de lo establecido sobre la tradición de las cosas corporales" (art. 3205 CC argentino). Desde luego, una definición tan rígida tiene que te-

ner consecuencias sobre la función económica de una garantía así concebida. La principal de ellas es que sólo tendrá sentido su constitución respecto de bienes sobre los cuales el deudor no tiene una necesidad inmediata, y como esto resulta bastante raro para quien ejerce una actividad productiva o comercial, tal tipo de prenda, en el mejor de los casos, encaja más en las operaciones realizadas por consumidores, esto es, para un crédito a pequeña escala (Drobnig). Por eso es que el elemento básico que caracteriza a las garantías mobiliarias a partir de la constatación de la escasa funcionalidad de la prenda clásica, es que el desplazamiento de la posesión hace rato que ha dejado de ser consustancial a las mismas, a partir del consenso acerca del carácter antieconómico de aquél, ya que al mismo tiempo que impide al deudor el uso y disfrute de la cosa y, por ende, su utilización en el proceso productivo, impone al acreedor gastos en concepto de conservación (gastos que repercutirán sobre el deudor) sin permitirle el uso del bien, salvo si existe consentimiento del deudor.

También se habla, desde la perspectiva del acreedor, de garantías posesorias y no posesorias, siendo las primeras las clásicas, es decir, las caracterizadas por la entrega de la cosa, las cuales, por esa misma razón, no tienen importancia alguna en el comercio internacional. En las garantías mobiliarias no posesorias el deudor puede, en estos términos, seguir usando el o los bienes gravados para el desarrollo de su producción de materias primas o manufacturas o de su actividad comercial, y es precisamente con las ganancias de esa actividad que podrá satisfacer las exigencias del crédito. Lógicamente, la pérdida de seguridad que la ausencia de desplazamiento significa para el acreedor (debido al juego del principio clásico en materia de bienes muebles "posesión vale título" y a la consecuente dificultad o imposibilidad de reivindicación frente a poseedores de buena fe (art. 2412 CC argentino)) se vio compensada con mayores y más rigurosas exigencias en materia de publicidad y registro. Sin embargo, con el tiempo, de la práctica comercial surgieron otro tipo de garantías que no están basadas ya en la figura de la prenda, sino que se originan en distintas posibilidades que se le han ido encontrando al ejercicio del derecho de propiedad. Si bien todas ellas son no posesorias, en muchos ordenamientos difieren notablemente entre sí y respecto de la prenda sin desplazamiento, entre otras cosas, en lo que respecta a las exigencias de publicidad y registro, el cual no es preceptivo en determinados supuestos.

2. Modelos de reglamentación

A) El modelo norteamericano

1221. El modelo norteamericano, que tantos autores señalan como digno de exportación, radica en el art. 9 del UCC (CCom uniforme), incorporado por todos los Estados de la Unión y adoptado también por Canadá. Las características esenciales de ese modelo estriban en la adopción de una categoría unitaria de garantía mobiliaria contractual y la generalización de las inscripciones para poder oponerse a terceros. Antes de la adopción del art. 9, los Estados mantenían reglamentaciones muy variadas sobre las distintas clases de garantías posibles. Después de la vigencia de dicha norma (en realidad se trata de un extenso conjunto de normas), cualquiera sea la denominación dada a la garantía por las partes, la misma tiene plenos efectos *inter partes* siempre que se respeten las formalidades (mínimas) para su constitución, y *erga omnes* siempre que se cumplimenten los requisitos de perfeccionamiento previstos. A las garantías perfeccionadas se les asigna una prioridad, que en general está en función de la incidencia de la constitución de la garantía sobre el valor de mercado del bien gravado y que, por lo tanto, no siempre se acomoda al principio de que el primero en orden cronológico tiene un mejor derecho.

1222. En el ámbito del DIPr, al art. 9 UCC se le atribuyen dos efectos esenciales: de un lado, al producir la unificación sustancial de las legislaciones en materia de garantías (aunque las versiones que se adoptan en los Estados no siempre coinciden totalmente y aunque las interpretaciones jurisprudenciales a veces divergen), precisamente, se reduce la incidencia de problemas de DIPr; de otro lado, la exigencia de registro plantea las cuestiones de dónde se debe registrar y dónde se deben consultar los registros (Juenger). Como puede imaginarse, las partes pueden elegir la ley aplicable a su relación de garantía, aunque ésta debe guardar una razonable relación con el Estado cuyo derecho se elige (art. 1-105(1)) y en ningún caso prevalecerá sobre las normas imperativas previstas en el art. 9 (art. 1-105(2)). La norma de conflicto aplicable a los requisitos para la perfección de la garantía depende de la categoría del bien gravado (art. 9-103). Dichas normas se han modificado notablemente en la versión de 1999,

que además amplía las categorías antes previstas. La regla de base ahora remite a la localización del deudor (art. 9-301(1)), que es definida por el propio art. 9 (302 a 306), aunque para las garantías posesorias la regla aplicable es la del lugar de situación del bien (art. 9-301(2)).

La unificación sustancial provocada por el art. 9 UCC, sin embargo, no alcanza para solucionar todos los casos interestatales internos (por las divergencias apuntadas y por las cuestiones no reguladas) ni los casos en los cuales la garantía se vincula con algún país extranjero (Weintraub). En el art. 9-307(c) se dispone que cuando el deudor está localizado en el extranjero, en un país cuyo sistema no prevé un mecanismo de registro público para asegurar la preferencia de un acreedor garantizado, dicho deudor se considera localizado en el Distrito de Columbia (salvo para ciertas categorías de deudores, para los cuales existen reglas específicas), pero esa regla dista de ser satisfactoria. Las reglas del art. 9-316 que extienden el carácter perfeccionado de una garantía por cuatro meses en caso de cambio de domicilio del deudor a otro Estado y por un año en caso de transferencia del bien a una persona domiciliada en otro Estado, no tienen demasiada relevancia cuando ese domicilio no se encuentra en otro Estado norteamericano sino en un Estado extranjero.

B) Las garantías en América Latina

1223. El DIPr latinoamericano, pionero en materia de codificación internacional, destaca también por contar con las primeras reglamentaciones vigentes de alcance general en materia de garantías mobiliarias, coexistiendo con las convenciones que reglamentan garantías específicas sobre medios de transporte, en las cuales aparecen algunas normas de reconocimiento de garantías constituidas en el extranjero. En efecto, los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, ambos vigentes, además de sus muchos otros méritos, constituyen la primeras regulaciones de DIPr convencional sobre prenda y, más genéricamente, sobre bienes muebles. Esta dicotomía entre unas normas de derecho material que se juzgan unánimemente inadecuadas a la realidad del tráfico comercial actual, y unas de DIPr (nos referimos especialmente a las de los TM) que, pese a los años transcurridos desde su elaboración, pueden aún prestar un servicio razonable, no debe llamar excesivamente la atención.

El sistema de Montevideo se basa ampliamente en la ley del lugar de situación. Ya en el art. 30 del TMDCI de 1889, se introduce una solución para el conflicto móvil, a través del criterio del respeto a los derechos adquiridos, pero con la obligación de cumplir con las exigencias de la ley de la nueva situación. Mientras esos requisitos no se cumplan, los derechos adquiridos por terceros de conformidad a la nueva ley prevalecen (art. 31). En la revisión de los Tratados, el de derecho civil repitió casi textualmente las normas mencionadas en los arts. 34 y 35, respectivamente, aunque en el primero de ellos se agregó un segundo párrafo, estableciendo que "el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables".

Por su parte, el TMDComTI de 1940 dedica expresamente su Título V a la prenda comercial (arts. 19 a 22), con unas soluciones de un tenor muy similar a las pergeñadas en el ámbito civil, basadas también en la *lex rei sitae*, aunque las formas y los requisitos del contrato de prenda se someten a la ley del lugar de su celebración y lo relativo a la publicidad a "la ley de cada Estado" (art. 19). Es interesante destacar que la consagración como regla de base de la ley del lugar de situación del bien al momento de la constitución (art. 20), ya se refiere a la prenda "con desplazamiento o sin él", y que en el Título VIII, dedicado a las quiebras, se prevé que los acreedores hipotecarios y prendarios pueden ejercer sus derechos ante los jueces del Estado del lugar de situación de los bienes gravados (art. 50), norma que ya existía en el TMDComI de 1889 (art. 43). Asimismo resulta digno de mención que el sistema de Montevideo, con las características antes indicadas (aplicación de la ley del lugar de situación de la constitución, respeto de los derechos adquiridos, obligación de cumplir con los requisitos –sólo de forma– de la nueva ley de situación y protección de los derechos de los terceros), es reproducido de forma casi textual en el art. 83 del Proyecto de DIPr argentino 1999 (Libro Octavo del CC), actualmente en discusión, para los bienes muebles no registrables, mientras que los registrables son sometidos a la ley del Estado del registro (art. 84) y los bienes en tránsito a la del Estado de destino (art. 85).

En lo que respecta al sistema de jurisdicción internacional, los TM distinguen entre acciones personales y reales. Para las primeras se prevé

el *forum causae* alternativamente con el domicilio del demandado (arts. 56 de ambos TM de derecho civil), admitiéndose además, en la versión de 1940, la sumisión tácita respecto de derechos patrimoniales. Para las acciones reales "y las denominadas mixtas" se consagra el *forum rei sitae*. Ahora bien, de acuerdo con el conocido art. 5 del Protocolo adicional a los TM de 1940, las partes pueden pactar una jurisdicción y una ley diferente a la prevista en los TM siempre que esta última así lo autorice. Pese a que las normas del DIPr argentino no son tan evidentes respecto de este tema, la jurisprudencia y la doctrina del país coinciden unánimemente en la admisión de la autonomía de la voluntad cuando el derecho aplicable en virtud de los TM sea el argentino.

1224. En el CB, la huella *manciniana* provoca una reglamentación bien distinta, que se basa en considerar (arts. 214 a 219) que las normas estatales sobre derechos reales de garantía son "territoriales" o "de orden público internacional", lo cual, según lo establecido en el art. 3.2 del mismo texto, significa que "obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales". Señaladamente, reciben esta calificación imperativa las normas que prohíben al acreedor apropiarse del bien prendado, las que establecen los requisitos esenciales del contrato de prenda (tanto las del lugar de constitución como las del Estado al cual el bien se ha trasladado), las que determinan que la prenda debe quedar en poder del acreedor o de un tercero, las referidas a la publicidad y las que fijan el procedimiento para la enajenación del bien. En el Libro Segundo, dedicado al derecho mercantil internacional, se establece una regla de reconocimiento para las hipotecas y privilegios de carácter real sobre buques y aeronaves que se han constituido de conformidad con la ley del pabellón, otorgándoles efectos extraterritoriales "aun en aquellos países cuya legislación no conozca o regule esa hipoteca o esos privilegios" (art. 278).

En cuanto a la jurisdicción internacional, la regla de base del CB es la autonomía de la voluntad expresa o tácita, siempre que al menos una de las partes tenga la nacionalidad o el domicilio del foro elegido y que las normas de ese país admitan la sumisión (art. 318 y ss.). Subsidiariamente, las acciones personales pueden intentarse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación, "y en su defecto" ante el del domicilio del demandado o, en última instancia, el de la residencia de éste (art.

323). Para las acciones reales sobre bienes muebles se prevé el *forum rei sitae*, y si el lugar de situación no se conoce, será juez competente el del domicilio (y en su defecto el de la residencia) del demandado (art. 324).

3. Unificación y armonización internacional contemporáneas

1225. Tanta es la importancia que ha adquirido el tema de las garantías que todos los organismos internacionales dedicados total o parcialmente a la codificación del derecho han incursionado en la materia en los últimos años o lo siguen haciendo en este momento. La UNCITRAL, que se ha ocupado profusamente de estos temas, después de haberse indicado expresamente que la unificación global del derecho sobre las garantías comerciales era "probablemente inalcanzable" por variadas razones, ha centrando la labor en temas específicos (aprobando en 2001 la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, que aún no está en vigor), y ha vuelto a la carga con la preparación de una "Guía legislativa sobre garantías mobiliarias" (que vendría a ser algo menos que una Ley Modelo). El UNIDROIT está, a su vez, profundamente inmerso en la reglamentación de las garantías, y aprobó el 16 de noviembre de 2001 –junto a la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI)– la Convención relativa a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico; además, existen ya avanzados proyectos de protocolos sobre material rodante ferroviario y propiedad espacial, respectivamente.

En un ámbito más regional, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo aprobó una Ley Modelo sobre transacciones garantizadas en 1993, con el fin de servir de directriz para los países del centro y del este de Europa en su carrera por abrazar la economía de mercado y un sistema jurídico apropiado para ello. La Conferencia de La Haya de DIPr aprobó el 13 de diciembre de 2002 una Convención sobre ley aplicable a la disposición de títulos por intermediarios. En la UE, después de muchos intentos fracasados, actualmente, dentro del proyecto de elaboración de un CC europeo, una comisión presidida por Ulrich Drobnig se está encargando de la redacción del capítulo referido a las garantías mo-

biliarias. El tema también ha desembarcado en el continente africano, de la mano de la ingente tarea de recepción jurídica que viene llevando a cabo la Organización para la Armonización en África del Derecho de los Negocios (OHADA), que reúne a 16 Estados de dicho continente, 14 pertenecientes a la conocida como "zona franco" (ex colonias francesas), Guinea Ecuatorial y Guinea-Bissau. Con el confesado empeño de dotarse de una regulación material de derecho comercial, compuesta de normas "comunes, simples, modernas", la OHADA ha aprobado, junto a un Acta uniforme relativa al derecho de sociedades comerciales y de agrupaciones de interés económico y a un Acta uniforme sobre derecho comercial general, un Acta uniforme relativa a la organización de las garantías. Dichos textos han entrado en vigor el 1° de enero de 1998. Sobre el texto alcanzado en la instancia continental americana (CIDIP / OEA) hablamos a continuación.

4. La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (2002)

1226. Existen numerosos estudios que se han ocupado de destacar los inconvenientes que las normas vigentes en los países latinoamericanos suponen para el florecimiento de un sistema de garantías ágil y funcional. En uno de estos estudios, referido a Argentina (Fleisig / de la Peña), se enumera una larga serie de "problemas en la legislación y en las instituciones", que empieza por 1) algunas consideraciones acerca de la lentitud de los procesos judiciales. La lista sigue con las "lagunas legales y prohibiciones arbitrarias" que dificultan la utilización de garantías mobiliarias, a saber: 2) exigencia de intervención judicial para la ejecución de los bienes; 3) limitaciones prácticas para la venta privada por parte de instituciones financieras (que son las únicas autorizadas para ello); 4) restricciones a la prenda flotante (sólo para el comercio y la industria y para préstamos presentes o futuros hasta 180 días); 5) limitación de la capacidad para prendar bienes futuros; 6) prohibición de que un bien pueda tener más de una prenda; 7) obligación del deudor de mantener la posesión de la cosa prendada; 8) fijación de un interés máximo que puede cobrarse en un crédito garantizado; 9) restricciones a las garantías sobre obligaciones futuras; y 10) prohibición de la autonomía de la voluntad so pena

de imposibilidad de ejecutar la prenda. Finalmente, la lista es completada por los problemas de carácter registral, que son: 11) utilización del folio real, que exige la clasificación e identificación de cada uno de los muebles prendarios; 12) falta de relación entre los registros prendarios del país; y 13) limitaciones de acceso público al registro.

1227. Todas estas críticas, compartidas con matices por los más importantes especialistas en la materia (como el caso de Alejandro Garro), señalan un parámetro ineludible a la hora de valorar la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias aprobada en el seno de la CIDIP VI, el 8 de febrero de 2002, en Washington, DC. La misma tuvo su origen en un proyecto elaborado por el *National Law Centre for Inter-American Free Trade* (NLCIFT, con sede en Tucson, Arizona) y presentado por la delegación norteamericana a finales de 1998, que recibió importantes modificaciones a raíz de una iniciativa mexicana provocando un nuevo texto de septiembre de 2001, y que contó con la decisiva aportación de un texto presentado por la delegación canadiense a última hora. Para que el proyecto pudiera plasmarse en los pocos días que duró la CIDIP VI, fue tan imprescindible como encomiable la labor del relator, el representante uruguayo Ronald Herbert.

La pretensión del Proyecto norteamericano de sustituir totalmente las normas que en cada Estado regulan las garantías mobiliarias no pudo plasmarse en el texto definitivo. Es verdad que tal Proyecto se limitaba a las garantías contractuales sobre bienes muebles, dejando fuera de su alcance algunos bienes muy particulares –como las acciones bursátiles– y las garantías creadas por ministerio de ley (art. 2); pero hechas esas excepciones, todos los bienes –presentes o futuros, tangibles o intangibles, individuales o "colectivos"– (arts. 4, 15, 17, 18 y 20), todas las garantías (art. 1), y todo lo atinente a ellas –constitución, perfeccionamiento, prelación, cesión, negociación, modificación y extinción– (art. 6), quedaba regulado por la Ley propuesta. En la Ley Modelo aprobada por la CIDIP VI, el objetivo sigue siendo el de una reforma profundísima de los sistemas latinoamericanos. Baste mencionar, entre otros extremos, que:

– en el primer párrafo del art. 1 se precisa que las garantías abarcadas por la Ley Modelo sirven "para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables";

– según el art. 4, dichas obligaciones garantizadas pueden extenderse, a favor del acreedor, a los intereses ordinarios y moratorios, a las comisiones, a los gastos de custodia de la cosa, a los gastos de ejecución, a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, y a las "penas convencionales" pactadas;

– en el primer párrafo del art. 2, así como en varios artículos del Título III (publicidad) se llevan casi hasta el infinito las categorías de bienes muebles sobre los que puede recaer una garantía;

– en la última parte del mismo párrafo, se establece que la forma de la operación y la titularidad de la propiedad son datos irrelevantes;

– el último párrafo del art. 1 obliga al Estado que adopte la Ley Modelo a "crear un sistema de registro único y uniforme", el cual deberá ser público y automatizado e incluir un "folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor" (art. 37), además de una base de datos a la que los usuarios tendrán acceso remoto por vía electrónica mediante una clave confidencial, medio que también servirá para realizar las inscripciones (arts. 43 a 46) (en la última sesión plenaria de la CIDIP VI, se aprobó una Resolución recomendando a los Estados de la OEA la adopción de regímenes legales compatibles con las Leyes Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (1996) y Firma Electrónica (2001); de forma poco clara, se introdujo también en esa Resolución la recomendación de que los Estados de la OEA consideraran como alternativa la conveniencia de incorporar en su legislación nacional los principios contenidos en las llamadas Reglas uniformes interamericanas en materia de documentos y firmas electrónicos (llamado IAREDS), preparado por la delegación norteamericana, pese a que no fue objeto de ningún debate);

– desde el momento de la inscripción en dicho registro, la garantía es oponible frente a terceros (arts. 35 y 47) –con excepción de los consumidores (art. 49)– y confiere un derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados (segundo párrafo del art. 2 y art. 48);

– el art. 50 permite la modificación del orden de prelación mediante acuerdo escrito entre los acreedores garantizados, dejando a salvo los derechos de terceros y las prohibiciones legales;

– si bien, contrariamente a la pretensión del Proyecto original, la intervención judicial o notarial (además del rellenado de un formulario regis-

tral de ejecución) es exigida en todo caso (art. 55), el Título VI establece unas reglas de ejecución de la garantía marcadamente favorables para el acreedor; el deudor sólo tiene tres días para oponerse y exclusivamente mediante la demostración de que ha pagado totalmente la deuda y sus accesorios (art. 56), y cualquier otra excepción o defensa debe implementarla por vía de acción judicial independiente, que en ningún caso tendrá efecto suspensivo ni impedirá la ejecución (arts. 57 y 61); al deudor, eso sí, se le reconoce el derecho de reclamar los daños y perjuicios producidos por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor;

– el art. 59 admite la venta privada de los bienes, en los casos de garantías posesorias, garantías no posesorias sobre bienes incorpóreos y garantías no posesorias una vez producida la recuperación por parte del acreedor;

– cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá someterse a arbitraje (art. 68).

Pero, como se había propuesto en el documento mexicano, estas características tan novedosas para los Estados de América Latina no afectarán necesariamente a todas las garantías, sino que se reconoce a los Estados que adopten la Ley Modelo el derecho a excluir expresamente algunas de ellas de su ámbito de aplicación (segundo párrafo del art. 1).

1228. Una reforma de última hora que evidentemente mejora los proyectos presentados es la referida a las soluciones previstas para las situaciones de internacionalidad. En realidad, lo único que se decía en el proyecto original en este título era que cuando la garantía es internacional o se internacionaliza, el acreedor garantizado para retener la prelación establecida, también debe perfeccionar la garantía en el otro Estado, señalando el art. 136 del Proyecto del NLCIFT los supuestos de internacionalidad y el 137 el momento para ese perfeccionamiento. El Proyecto mexicano mantuvo en esencia las reglas del norteamericano (arts. 69 [70] y 6) y el documento aportado por Canadá no llegó a tocar estas normas. Las soluciones pergeñadas por el Título VIII de la Ley Modelo se basan en distinguir según el tipo de garantías mobiliarias y según el tipo de bienes que son objeto de las mismas: para unas la validez, publicidad y prelación de la garantía se rigen por la ley del lugar de situación de los bienes al momento de la creación de la misma (primer párrafo del

art. 69); para las otras, por la ley del lugar en el cual el deudor se encuentra "localizado" en el momento de tal creación (primer párrafo del art. 70). Si en el primer caso cambia la situación de los bienes o en el segundo cambia la localización del deudor, la validez, publicidad y prelación de la garantía pasan a regirse, respectivamente, por la ley de la nueva situación de los bienes (segundo párrafo del art. 69) o por la ley de la nueva localización del deudor (segundo párrafo del art. 70). Pero en ambos casos el acreedor puede mantener la prelación original, si procede al registro de la garantía en el país de nueva situación de los bienes o de nueva localización del deudor, dentro de los noventa días de producido el traslado (arts. 69 *in fine* y 70 *in fine*).

VII. Contratos de financiación

1. *Leasing*

1229. El contrato de *leasing* se muestra como el producto de la articulación de dos figuras contractuales tradicionales: la compraventa y el arrendamiento. El sujeto en cuyo torno se centra el contrato es una sociedad financiera (sociedad *leasing*) que adquiere un bien de capital a un proveedor o fabricante del bien, para arrendarlo a un usuario, quien debe abonar el precio establecido a la financiera y tendrá finalmente la posibilidad de adquirir definitivamente el bien (opción de compra).

Es un contrato de financiamiento, que no debe ser confundido con el arrendamiento o la compraventa (de cuya confluencia sumada a la unidad funcional y económica, surge como nueva figura). Como bien señala Miguel Checa Martínez, la locación ordinaria no comporta una financiación; la locación-venta implica el traspaso automático de la propiedad al adquirente, cosa que no ocurre en el *leasing* en el que el usuario puede o no hacer uso final de la opción de compra. Tampoco es una operación de préstamo con garantía real ni una venta con pacto de retroventa pues el usuario no debe restituir una cantidad de dinero que no ha recibido. Hay quienes resaltan su similitud con una venta a plazos pero tal figura bipartita (comprador-vendedor) no coincide con los caracteres del *leasing* tripartito en el que la retención de la propiedad hasta el pago com-

pleto del alquiler pactado beneficia a la sociedad *leasing* y no al vendedor. Sin embargo es común que se lo tome como una venta a plazos cuando el monto total de las cuotas pagadas por el usuario es superior al costo del mero alquiler financiero y comprende también el precio de compra, con lo cual el usuario no neccesita realizar ningún pago al finalizar el contrato en concepto de adquisición de la propiedad del bien.

1230. Teniendo en cuenta el objeto sobre el que recae el contrato, el *leasing* puede ser mobiliario o inmobiliario. Siguiendo las distinciones mencionadas por Checa Martínez, cabe hablar del *leasing* destinado a la producción y del *leasing* destinado a consumo. Hay también *leasing* de fabricante cuando éste, para utilizar la operación como una promoción de sus ventas, asume el rol propio de la sociedad financiera. Claro está que puede encarar tal promoción buscando la intermediación de una sociedad para que financie sus ventas; es el *leasing* indirecto. En cambio, si el que solicita la financiación es el usuario, se estaría en presencia del denominado *leasing* directo. En rigor, cuando el arrendador es el propio productor, el contrato se denomina *leasing* operativo (o *renting*). El *leasing* de retorno (o *lease-back*) es una variante en la que el propietario le vende la propiedad del bien a una financiera y ésta le concede derechos económicos de uso y goce. Con el pago del canon mensual, el prestatario va recuperando progresivamente la propiedad de la cosa vendida. En definitiva, se obtiene una liquidez inmediata, con lo que se está ante algo muy parecido a un crédito puro.

Como puede apreciarse, la financiación de bienes de capital, o hasta de cualquier especie de mercaderías mediante este sistema, ofrece una multiplicidad de posibilidades, con variantes que van apareciendo a medida que las necesidades del comercio y la producción van planteando problemas cuya solución económica es alcanzable mediante esta variante financiera. Lo dicho lleva a pensar en la inconveniencia de encasillar al *leasing* dentro de una figura contractual "típica" o incluso tenerlo como una coordinación o acumulación de contratos típicos, pues si bien en algunos aspectos y en alguna de sus presentaciones puede poseer con ellos ciertas semejanzas, las diferencias que su función económica le otorga, justifican una consideración regulatoria especial. Desde otro ángulo, su asimilación a las conocidas imágenes de los contratos internos es muchas

veces una necesidad debida a la ausencia de normas específicas en los derechos privados nacionales a los que han conducido las elecciones plasmadas en las normas de conflicto de los distintos foros. De todas maneras los países van reglamentando el contrato, al menos dándole una configuración o imagen tipificante, tal como lo ha hecho la Argentina con la Ley N° 24.441, derogada en cuanto a la regulación del contrato de *leasing* por Ley N° 25.248 del 10/5/2000 (*BO*, 14/6/2000).

1231. En los TMDCI de 1889 y 1940, los contratos están sometidos a la ley del lugar de su cumplimiento (arts. 33 y 37, respectivamente). Pero las calificaciones de tal lugar que contienen llevan en el caso del *leasing* a un posible resultado que deja "perplejo" a A. Boggiano. En efecto, según señala este autor, en Montevideo la localización del contrato estaría dada por la situación del bien al tiempo de la celebración (arts. 34 TMDCI 1889 y 38 TMDCI 1940). Pero –como el citado expresa– sería muy inadecuado someter el *leasing* financiero al derecho de ese lugar, generalmente el domicilio del vendedor, ignorando toda la función financiera del negocio, por lo que se debería reconocer la imposibilidad de localizarlo según las anteriores reglas, y someterlo a la ley del lugar de su celebración que probablemente coincidirá con el domicilio del deudor de la prestación caracterizante. Ahora bien, tal posibilidad está presente explícitamente en el art. 40 del Tratado de 1940, pero no en el Tratado de 1889.

De todos modos en cualquier caso resulta aconsejable el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho y en la minuciosa regulación por medio de cláusulas contractuales, sin perjuicio de reconocer que ciertas voces han objetado las posibilidades de la autonomía, especialmente en el Tratado de 1940.

La jurisdicción internacional está regulada en ambos Tratados en sus respectivos arts. 56 que establecen el *forum causae* al decir que las acciones personales serán entabladas ante los jueces del Estado cuya ley resulte aplicable al acto jurídico materia del juicio, concurrentemente con los jueces del domicilio del demandado. La norma de 1940 agrega un párrafo admitiendo la prórroga territorial de jurisdicción "si después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente", debiendo expresarse su voluntad "en forma positiva y no ficta".

1232. Como lo señala Barreira Delfino, el instituto del *leasing* tiene disímil e imprecisa nomenclatura en las legislaciones y jurisprudencia predominantes en los países del MERCOSUR. Argentina (Ley N° 24.441), Brasil (Leyes N^{os} 6099 y 7132) y Uruguay (Ley N° 16.072/1989 modificada por Ley N° 16.205/1991 y por Ley N° 16.906/1998) lo tienen ya regulado. Por el contrario en Paraguay no existe una ley o estatuto propio, pero se autoriza su realización a los bancos e instituciones financieras regidos por la Ley N° 417.

En Brasil se lo denomina "arrendamiento mercantil" y la operatoria se desenvuelve bajo el control del Banco Central. Las entidades financieras y sociedades de *leasing* pueden intervenir en las modalidades de *leasing* financiero (que obligatoriamente debe contener opción irrevocable de compra) y *leasing-back* (arrendamiento en favor del vendedor con readquisición final por el valor residual predeterminado). En Uruguay se le da el nombre de "crédito de uso", con la posibilidad de pactar una opción irrevocable de compra. La figura de la entidad financiera (intermediario financiero o empresa de giro exclusivamente financiero) está siempre presente. En Argentina la legislación es reciente, siendo criticada (Barreira Delfino) la Ley N° 24.441 por no reflejar la *praxis* contractual preexistente, y contener una regulación confusa e inadecuada para dar solución a los conflictos que pueden derivar del negocio. La Ley N° 25.248/2000 solucionó algunos de los problemas que generaba aquélla

Las asimetrías de regulación constituyen un problema que conspira contra los intentos de homogeneidad interna y uniformidad en la región. Así lo señala el precitado autor, poniendo el acento en el problema del concepto y la naturaleza jurídica del instituto, para concluir puntualizando ocho "diferenciaciones" importantes que no hacen más que poner de manifiesto la necesidad de uniformar las legislaciones, viendo en ese método la manera de cumplir el compromiso de "armonización" asumido en el Tratado de Asunción por los países del MERCOSUR.

1233. Aun cuando existan regulaciones nacionales, eso no significa que las cuestiones de DIPr hayan recibido un tratamiento específico. En el ámbito del DIPr autónomo argentino, por ejemplo, el *leasing* internacional debe ser encuadrado en las normas contractuales generales que ya fueran analizadas (Cap. 25.V.1). La generalidad de los casos contractua-

les que se dirimen ante los tribunales argentinos poseen contactos de fondo con el propio país (por celebración o cumplimiento), de donde la regla de los arts. 1209 y 1210 CC (con las calificaciones de "lugar de cumplimiento de los arts. 1212 y 1213 CC) es tenida como regla general. Cabe entonces definir lo que se entiende por lugar de cumplimiento en el *leasing*, sea éste financiero u operativo, para someter el contrato al derecho interno de dicho lugar. En tal sentido, apunta A. Boggiano que el contrato se rige en primer lugar por la autonomía de las partes, tanto conflictual (elección de derecho) como material (incorporación de cláusulas derogatorias de normas coactivas de derecho interno del país cuya ley se aplica) y, subsidiariamente, por la ley del lugar de cumplimiento, calificado, en última instancia, como el domicilio actual del deudor de la prestación más característica.

Lo dicho, porque según los arts. 1212 y 1213 CC si el lugar de cumplimiento no estuviere designado o no surgiere de la naturaleza de las obligaciones, será el lugar de celebración, si coincide con el domicilio del deudor; caso contrario, el lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor. En ambos supuestos, la alusión al "deudor" lleva a la necesidad de acudir a la teoría de la prestación más característica como criterio localizador del contrato. De modo que en el *leasing* internacional en el que no se haya acordado la ley aplicable, ésta será la del lugar de cumplimiento entendido como domicilio de la sociedad *leasing* (en el tripartito) cuya función de interposición financiera es tipificante del contrato. Si se tratase de un *leasing* operativo (bipartito) el domicilio del locador debe sin dudas localizar el contrato.

En lo que se refiere a la jurisdicción internacional, la regla de los arts. 1215 y 1216 CC, consagra como posibles jueces competentes a los del lugar de cumplimiento del contrato (calificable procesalmente, según Boggiano, como cualquier lugar en el que haya alguna prestación a ejecutarse) o los del domicilio o residencia del "demandado" (lectura procesal del término "deudor" que utilizan estos artículos). De allí que se tengan tres posibles jueces competentes en el *leasing* financiero y dos en el operativo. Puede prorrogarse la jurisdicción en favor de los jueces de cualquier país si el asunto es internacional y de índole patrimonial, a menos que haya una prohibición legal específica o jurisdicción argentina exclusiva.

2. *Factoring*

1234. El comercialista S. Argeri ha definido al *factoring* como:

> "(...) el contrato mediante el cual una empresa especializada, denominada factor, presta un servicio de colaboración (asistencia técnica y financiera) a otra empresa comercial o industrial, obligándose la primera, mediante un precio en el que se computa el costo (*lato sensu*) de prestación del servicio, a adquirir una determinada masa de créditos que tuviera la otra por su actividad empresaria en relación a terceros y durante un lapso determinado".

El factor adquiere las facturas de su cliente sin posibilidad de accionar contra él en caso de impago, lo que en ocasiones lleva a contratar un seguro de riesgo que permita diluir la responsabilidad.

Para dimensionar la utilidad del contrato, dice E. Martorell hay que ubicarse en el marco en el cual se desarrolla la figura, ya que es práctica habitual de las empresas con determinada dimensión –fundamentalmente las pequeñas y medianas– el aplazamiento del pago de sus créditos derivados de sus ventas a terceros, con lo cual se les producen diversos problemas relacionados con los costos de gestión, cobro y contabilización, el aumento de los riesgos de insolvencia de sus deudores y el incremento de la iliquidez.

Con el *factoring* se posibilita continuar con la política comercial de concesión de crédito a la vez que se descarga en la sociedad factor los efectos negativos de tal política. Sin embargo hay que ser cuidadoso al evaluar la conveniencia o inconveniencia de acudir a esta figura como vía de apoyo crediticio en el corto plazo, ya que como técnica empresarial es costosa. De todas maneras, si se toma en consideración que el factor "especializado" presta servicios adicionales (como la información sobre mercados, selección de clientes, estadísticas, asunción del riesgo crediticio, administración de los deudores) y las ventajas que hasta lo tornan más beneficioso que el seguro de crédito (paga más el factor que la aseguradora), la conclusión final es positiva. De ahí su creciente utilización.

En cuanto su ubicación como contrato de financiación, nos parece convincente Martorell quien, siguiendo a J.M. Eizaguirre, descarta el rótulo de "contrato de crédito" por cuanto el término "crédito" implica la

idea de aplazamiento o dilación de una prestación debida, por lo común dineraria, mientras que la palabra "financiación" posee un sentido de anticipo o disponibilidad inmediata.

El *factoring* internacional muestra asentamientos nacionales diversos de la entidad financiera y la empresa clienta o de la primera y los deudores de la segunda. De tal modo, se distingue entre *factoring* de exportación y de importación. Como lo explica S. Rodríguez Azuero, en el *factoring* de exportación la sociedad de *factoring* adquiere las facturas de sus sociedades adherentes en el propio país, a cargo de compradores extranjeros a los cuales han despachado una mercancía. En el de importación, se trata de la adquisición de facturas de clientes extranjeros, a cargo de importadores o compradores nacionales.

1235. En ambos supuestos, para el caso de que no se haya pactado el derecho aplicable, el criterio de localización sobre la base del lugar de cumplimiento entendido como el domicilio del deudor de la prestación característica, lleva a la indubitable conclusión de que el contrato debe localizarse en el país del domicilio de la sociedad factor, habiendo jurisdicción internacional en el tribunal elegido por las partes o en los domicilios de cualquiera de las dos partes.

Si resultasen aplicables los Tratados de Montevideo, el derecho aplicable es el del lugar donde se se realiza el servicio financiero (art. 33.b TMDCI 1889 y 38.b, TMDCI 1940), esto es, la sede de la sociedad de *factoring*, siendo competentes los jueces del país cuya ley se aplica, o el del domicilio del demandado (art. 56, ambos Tratados), o el prorrogado (por no estar prohibido en el TMDCI 1889 y por art. 56, 3ª parte del TMDCI 1940).

3. *Forfaiting*

1236. Este contrato es en realidad una variante del *factoring*, aun cuando autores como Miguel Checa Martínez destacan que existen diferencias importantes. Tales serían las referidas al más largo vencimiento del pago, no poseer recurso alguno contra el exportador, para quien no tiene ningún efecto el impago del deudor, y un tipo de interés más bajo

habida cuenta de que el *forfaiter* no cumple ninguna otra función que la financiadora. Por lo demás, ambos contratos utilizan la misma técnica de la cesión de créditos y su regulación jurídica es similar (incluso, ambos están comprendidos en la Convención de Otawa de 1988), por lo que remitimos a lo expuesto para el contrato de *factoring*.

Nota: para los contratos de transporte, ver Cap. 30.

Bibliografía complementaria

Sobre contratos de trabajo:

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español", *Relaciones Laborales*, nº 10, 1996, pp. 85 ss.; CHECA MARTÍNEZ, M., "El foro del lugar de cumplimiento de la obligación contractual en el Convenio de Bruselas: avances en el contrato de trabajo plurilocalizado", *La Ley (Comunidades Europeas)*, Nº 4256, 1997, pp. 4-7; MAESTRE CASAS, P. / FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea y el derecho internacional privado", *Rev. Der. Priv. Com.*, 22, 2000, pp. 595-622; RAMOS, R.M.M., *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, Almedina, 1990; RADZYMINSKI, A., "Ley aplicable al contrato individual de trabajo en el derecho internacional privado argentino", *ED*, 172-167; SCIARRA, A., "Contrato de ajuste. Legislación aplicable y jurisdicción competente", *Rev. der. com. emp.*, Nº 45-46, 1988.

Sobre contratos de consumidores:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "Las cláusulas abusivas y la cláusula de jurisdicción en los contratos internacionales de adhesión", *Revista Judicatura*, Nº 32, 1992; MARQUES, C.L., *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relaçoes contratuais*, San Pablo, RT, 1995; MARQUES, C.L. (coord.), *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, Porto Alegre, Livreria do Advogado, 1994; NAJURIETA, M.S., "La autonomía de la voluntad en compraventas internacionales cuando se utilizan condiciones generales de contratación", *ED*, 104-941; REZZÓNICO, J.C., *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Buenos Aires,

Astrea, 1987; STIGLITZ, R.S. / STIGLITZ, G.A., *Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985; STIGLITZ, R.S. / STIGLITZ, G.A., *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994; STIGLITZ, G. (dir.), *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.

Sobre contratos de seguro:

BLANCO-MORALES LIMONES, P., *El seguro en derecho internacional privado comunitario*, Madrid, Caser, 1989; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "Los contratos de transporte y de seguros frente a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *RTYS*, Nº 8, 1995, pp. 157-176; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., "Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española", *V Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros*, Madrid, Winterhur, 1997, t. 1, pp. 35-70; FRANCO TORTORA, S.B., "Arbitraje: procedencia legal, funcionamiento y revisión judicial", *Revista Mercado Asegurador*, vol. 192, 1995, págs. 32 ss.; FRANCO TORTORA, S.B., "Legislación del contrato de reaseguro. Modificación al título II de la ley 17.418. Crítica del proyecto. Presentación del anteproyecto de reforma", *II Jornadas sobre Política de Legislación de Seguros y Reaseguros*, Buenos Aires, 1995, pp. 148-171; Le CORFF, P., "Derecho aplicable al contrato de reaseguro. Aproximación sobre el derecho internacional francés", *V Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros*, Madrid, Winterhur, 1997, t. 1, pp. 115-164; LÓPEZ SAAVEDRA, D., "Seguros internacionales", en FAVIER DUBOIS, E.M. (h.), *Negocios internacionales y MERCOSUR*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 117-130; LÓPEZ SAAVEDRA, D., "Algunos aspectos del contrato de reaseguro", *LL*, 1994-E, pp. 934-942; LÓPEZ SAAVEDRA, D., "Contrato de reaseguro: ley aplicable y jurisdicción", *RTYS*, Nº 12, 1999, pp. 205-211; MORALES SEGURA, C., "Ley aplicable a los contratos de reaseguro", *Revista Española de Seguros*, 1993, pp. 49-55; NOODT TAQUELA, M.B., "Jurisdicción internacional y derecho aplicable al reaseguro en Argentina", *RTYS*, Nº 12, 1999, pp. 212-232; SIMONE, O.B., "Seguros marítimos. Ley aplicable y Tribunal competente", *LL*, 2001-C, pp. 1315-1318; VAQUERO LÓPEZ, M.C., "La cuestión de la determinación del derecho aplicable al contrato de reaseguro en el ordenamiento jurídico español", *V Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros*, Madrid, Winterhur, 1997, t. 1, pp. 71-94.

Sobre contratos de compraventa:

AUDIT, B., *La compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas (Ratificada por la ley 22.765)*, trad., Buenos Aires, Zavalía,

1994; BALESTRA, R.R., "Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *LL*, t. 1987-E, pp. 752-761; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998; FERRARA, F., "Estudios comparativos en materia de conclusión del contrato en los países de América del Sur con referencias a la Convención de Viena sobre la venta internacional", *RDCO*, año 25, 1992, pp. 51-84; FRATALOCCHI, A., *Incoterms. Contratos y comercio exterior. La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Macchi, 1994; ESPLUGUES MOTA, C., "El contrato de compraventa internacional de mercaderías", en C. ESPLUGUES MOTA (coord.), *Contratación internacional*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanc, 1999, pp. 266-367; GALINDO DA FONSECA, P.B. de M., "Formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias", *RDM*, año 4, núm. 2, abril de 2000, pp. 149-166; GARRO, A.M., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino", *LL*, t. 1985-A, pp. 693-707; t. 1985-A, pp. 930-952; t. 1985-B, pp. 975-990; t. 1985-C, pp. 914-945 y t. 1985-D, pp. 868-886; GARRO, A.M. / ZUPPI, A., *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Buenos Aires, La Rocca, 1990; GRANILLO OCAMPO / CARL, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1994; GREBLER, E., "O contrato de venda internacional de mercadorias", *Revista Forense*, vol. 319, 1992, pp. 310-317 y http://www.uff.br/cisgbrasil/grebler.htm; MARZORATI, O.J., *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1993; MENICOCCI, A., "Ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", agosto de 2000 http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/menicocci.html; NAJURIETA, M.S., "Compraventa internacional. Aporte de la Convención de La Haya de octubre de 1985", *RDCO*, año 21, 1988, pp. 67-91; NOODT TAQUELA, M.B., "Compraventa internacional", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VII, 1996, pp. 161-195; PILTZ, B., *Compraventa internacional. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*", Buenos Aires, Astrea, 1998; PILTZ, B., "La Convención de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías en la jurisprudencia internacional", *LL*, 1994-D, pp. 887-896; SOSA, G.L., "El régimen internacional de la compraventa de mercaderías: la ley aplicable", *Jus*, Nº 42, 1991, pp. 21-61; VAZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Elcano, Navarra, Aranzadi, 2000; ZUPPI, A.L., "La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG) (Compraventa internacional de mercaderías)", *LL*, 1997-F, pp. 1290-1301.

Sobre contratos de transmisión de derechos de propiedad industrial:
CABANELLAS, G. (h.), *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1980; JIMÉNEZ BLANCO, P., *El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*, Granada, Comares, 1998; LAMAS, M.D., *Derecho de marcas en el Uruguay*, Montevideo, Barbat & Cikato, 1999; RIPPE, S., *La propiedad industrial en el Uruguay*, Montevideo, FCU, 1992; RONCERO SÁNCHEZ, A., *El contrato de licencia de marca*, Madrid, Civitas, 1999; SANTOS BELANDRO, R.B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Montevideo, FCU, 1996.

Sobre contratos bancarios y garantías:
ALEGRÍA, H., "Las garantías abstractas o a primera demanda en el derecho moderno y en el Proyecto de Unificación Argentino", *RDCO*, 1987, pp. 685-738; BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991; BULGARELLI, W., *Contratos mercantis*, 11ª ed., San Pablo, Atlas, 1999; CARRILLO POZO, L.F., *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Bolonia, Real Colegio de España, 2000; CHECA MARTÍNEZ, M., "Contratos bancarios", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 357-369; CHECA MARTÍNEZ, M., "Garantías personales", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 287-290; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "Garantías reales en el comercio internacional de nuestros días", *Rev. Mex. DIPr*, Nº 10, 2001, pp. 11-58; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., "Contratos de garantía", en C. ESPLUGUES MOTA (coord.), *Contratación internacional*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 565-610; KLEINHEISTERKAMP, J. / FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "CIDIP VI. Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2001-2002, pp. 107-144; KLEMENS, P., "La garantía bancaria en el comercio internacional", *RDCO*, 1974, pp. 715-765; MAESTRE CASAS, P., *Aplicabilidad del derecho de la competencia a la banca*, Madrid, Eurolex, 1997; RIVA, J.L., *Garantías independientes. Garantías a primera demanda. Cartas de crédito* stand by, Buenos Aires, Depalma, 1999; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Civitas, 1993; WALD, A., "Algunos aspectos de la garantía a primera demanda en el derecho comparado", *RDCO*, 1990-B, pp. 652-663.

Sobre contratos de financiación:
AGUINIS, A.M., *Empresas e inversiones en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; ARGERI, S., *Contrato de leasing (arrendamiento financiero)*,

Buenos Aires, La Ley, 1978; BARREIRA DELFINO, E.A., *Leasing financiero*, 2 t., Buenos Aires, Roberto Guido, 1996; FARINA, J.M., *Contratos comerciales modernos-Modalidades de contratación empresaria*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 498-538; LISOPRAWSKI / GERSCOVICH, *Factoring - Análisis integral del negocio*, Depalma, Buenos Aires, 1997; MARTORELL, E., *Tratado de los contratos de empresa*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 445-488; MELLO JÚNIOR, J.G, "Configuração atual do *factoring* no Brasil", en BORBA CASELLA, P. (coord.), *MERCOSUL: Integração regional e globalização*, Río de Janeiro / San Pablo, Renovar, 2000, pp. 617-672; RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, 4ª ed., Bogotá, Felaban, 1990, pp. 477-523; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Aspectos reales del leasing internacional", RCEA, 1992, pp.49-75.

Capítulo 27

Medios de pago

María Blanca Noodt Taquela*, Adriana Verónica Villa
y Jorge R. Albornoz

I. Consideraciones generales

1. Pago de las obligaciones pecuniarias y ley del lugar de ejecución

1237. El pago de las obligaciones pecuniarias constituye generalmente el cumplimiento por una de las partes de un contrato internacional, sin perjuicio de que existen pagos cuya causa no es contractual. El pago no es un acto jurídico independiente del contrato sino un acto debido del mismo, el cumplimiento de una de sus prestaciones. Este encuadre del pago dentro del contrato tiene por cierto consecuencias respecto del derecho aplicable. Es el derecho que rige el contrato el que determina si el medio de pago utilizado es válido y en ausencia de previsión de las partes, el régimen jurídico del pago.

La ley aplicable al contrato rige el cumplimiento de la obligación y por ende el objeto del pago, pero cualquiera sea la ley aplicable, las modalidades, la moneda y otros aspectos relativos al pago se rigen por la ley del lugar de cumplimiento. La importancia de la ley del lugar de ejecución en el pago de las obligaciones es notoria cuando existen normas de policía, por ejemplo sobre control de cambios, o normas que imponen o prohíben ciertos instrumentos de pago, por motivos tributarios u otros; normas que regulan la actividad bancaria, incluso normas de de-

---

* Con la colaboración de María Nélida Buezas en Ep. 27.II.

fensa de la competencia. Cuando algún país u organismo internacional adopta medidas de coerción económica, éstas pueden afectar también los pagos internacionales. En un momento de grave crisis económica, como fue la que afectó a Argentina desde diciembre de 2001, en virtud de la acelerada fuga de depósitos y pérdida de reservas del sistema financiero, se prohibieron las transferencias al exterior aunque estaban exceptuadas, entre otras, las correspondientes a operaciones de comercio exterior (art. 2. b del Decreto Nº 1570/2001 de 1/12/2001, *BO* 3/12/2001, que es un ejemplo de norma de policía en esta materia).

1238. Medios de pago son aquellos mecanismos que permiten a un deudor saldar sus deudas frente al acreedor, esto es, satisfacer pagos corrientes derivados de sus operaciones comerciales. Instrumentos de pago son las "formas materiales" bajo las cuales se lleva a cabo el pago: dinero en efectivo, letra de cambio, cheque, giro bancario (Carrascosa González). La elección de uno u otro medio de pago depende de factores tales como la mayor seguridad –y mayor costo– que tienen algunos medios como el crédito documentario, frente a la mayor agilidad y menor seguridad de otros, la solvencia de las partes, la existencia de relaciones comerciales previas y la confianza mutua entre ellas, la estabilidad o inestabilidad financiera y política de los países. La falta de regulación de los medios de pago en los ordenamientos nacionales, ha tornado la materia apropiada para la autorregulación por los mismos operadores del comercio internacional, en lo que se refiere al tema, fundamentalmente los bancos, a través de la CCI.

Mientras el pago es el cumplimiento de una de las obligaciones del contrato –que podemos denominar contrato base–, por ejemplo compraventa internacional, el medio de pago da lugar a la celebración de un nuevo contrato, por ejemplo crédito documentario, que si bien está vinculado funcionalmente al contrato base, es independiente de él. Este nuevo contrato es bancario ya que ante la necesidad de otorgar una mayor seguridad a las transacciones de intercambio internacional de bienes y servicios se fueron implementando, a través de los años, mecanismos en los cuales los bancos adquirieron un rol protagónico (Riva). Estos contratos bancarios tienen por objeto la ejecución del pago debido en el contrato base y como son independientes de él, se rigen por su propia

ley, que es como principio general la ley del banco, al igual que en todos los contratos bancarios (ver Cap. 26.V).

1239. Los organismos internacionales, tanto los privados como la CCI, como los intergubernamentales como la UNCITRAL, han desarrollado una extensa labor en la regulación de estos medios de pago internacionales, elaborando reglas y usos uniformes aplicables a este tipo de contratos el primero, y leyes modelo y convenciones internacionales el segundo. Sin embargo, muchas veces es necesario acudir a la ley aplicable a estos contratos bancarios para solucionar las cuestiones no regidas por las otras fuentes. Puede decirse que existe acuerdo en que, en ausencia de ley elegida por las partes, los contratos bancarios se rigen por la ley del domicilio o establecimiento del banco. Esta regla se deriva de la teoría de la prestación característica, que considera a la entidad bancaria como la deudora de tal prestación. Cuando se trata de operaciones interbancarias, se aplica la ley del banco mandatario, que es quien actúa en el ejercicio de su actividad profesional, por ejemplo, el banco a quien se le encomienda la gestión de cobro.

2. Medios de pago autorizados

1240. Los contratos bancarios utilizados como medios de pago internacionales son: órdenes de pago simples y documentarias, transferencias electrónicas de fondos, cobranzas simples y documentarias, crédito documentario, cartas de crédito contingente, tarjetas de crédito, convenios de créditos recíprocos y cheques de viajero. Los distintos medios de pago garantizan, con mayor o menor seguridad, el cobro del precio, por una parte y la recepción de los bienes o servicios, por la otra.

El crédito documentario, utilizado frecuentemente en las compraventas internacionales y otros contratos, se caracteriza porque uno o dos bancos asumen la obligación de pago de un monto de dinero, a favor del beneficiario (vendedor en la compraventa), que corresponde al pago del precio pactado, el que habrá de hacerse efectivo previa recepción y control formal de documentos relativos a las mercaderías.

La cobranza documentaria es un contrato por el cual los bancos intervienen sin asumir obligación de pago alguna, simplemente se obligan

a entregar la documentación comercial que se indique en la instrucción de cobro dada por el ordenante (vendedor), contra el pago o aceptación por parte del girado de la letra de cambio (comprador). La cobranza simple, medio de pago poco utilizado en la compraventa, consiste en que los bancos gestionan el cobro o aceptación de los llamados documentos financieros (letras de cambio, cheques, pagarés, etc.), sin entregar documentos comerciales. Tanto en la cobranza como en el crédito documentario los bancos se auxiliarán con el servicio de bancos corresponsales ubicados en la plaza del vendedor-beneficiario (en el crédito documentario) o del comprador (en la cobranza).

1241. La orden de pago o transferencia, con la pertinente provisión de fondos, dispuesta por el ordenante (comprador) es transmitida desde el banco de su plaza a un banco de la plaza del beneficiario (vendedor) a quien se le hará efectiva. En el caso de la orden de pago documentaria, sólo se cumplirá dicha orden contra entrega de los documentos comerciales previstos (facturas, certificados, póliza, conocimiento, etc.).

Los cheques de viajero o *travellers checks*, son emitidos por los bancos contra sus corresponsales, previa entrega por el tomador de los fondos necesarios, es decir que son cheques con provisión previa de fondos. Es un medio útil para pagos internacionales de menor importancia, ofreciendo mayor seguridad en cuanto a su efectivo cobro que un cheque común (Villegas).

La "tarjeta de crédito" es un documento mercantil que reúne la información necesaria para permitir a su titular la adquisición de bienes o servicios a crédito o al contado, en determinados establecimientos comerciales adheridos al sistema y realizar otras operaciones, dentro o fuera del país, según los términos del contrato. Su función principal y característica es la de ser medio de pago, aunque no es la única, con lo que podríamos designarlas con la denominación de "tarjetas de pago".

II. Órdenes de pago y transferencias de fondos

1. Sistemas de transferencia

1242. La orden de pago o transferencia es uno de los medios de pago del comercio internacional, utilizado habitualmente en la compraven-

ta pero no ligado solamente a este contrato. La operatoria se configura del siguiente modo: el comprador de las mercaderías (ordenante) da instrucciones de pago a un banco de su plaza (banco emisor), quien le encomienda a otro banco de la plaza del vendedor (banco pagador) hacer efectiva la orden de pago a favor del vendedor (beneficiario) (Márquez Narváez). El banco pagador debe comprobar la regularidad de la orden, en cuanto a firmas y claves del banco emisor.

Cuando se utiliza como medio de pago de una compraventa, el vendedor puede exigir que el pago se realice antes de embarcar las mercaderías, lo que implica una situación de gran tranquilidad para el vendedor y de enorme riesgo para el comprador. La transferencia puede realizarse también una vez que el comprador recibe las mercaderías, lo que implica una situación de gran tranquilidad para el comprador, pero de considerable riesgo para el vendedor. El pago posterior a la entrega es un sistema propio de empresas con una relación comercial larga y de gran confianza (Márquez Narváez).

1243. Puede decirse que la orden de pago es un mandato dado por el ordenante (comprador) dirigido a su banco para que éste ponga una cierta suma de dinero a disposición del beneficiario (vendedor), en un banco del país de este último, con las correspondientes anotaciones de cargo o débito en la cuenta del ordenante y de abono o crédito en la del beneficiario. Al llevarse a cabo entre dos bancos, se conoce igualmente con el término de transferencia bancaria (Carrascosa González).

El banco que recibe instrucciones de transferir fondos de parte de un ordenante puede hacerlo en forma directa, cuando el beneficiario tiene cuenta en el propio banco emisor, ya sea en la plaza del ordenante o en otra, o en forma indirecta, cuando el banco emisor se ve obligado a utilizar la mediación de otro banco en el exterior para poder realizar el pago al beneficiario (Márquez Narváez).

Los bancos emisores pueden realizar las transferencias por los siguientes modos de transmisión: a) por correo, actualmente en desuso; b) por télex, se remite la orden al banco pagador con las instrucciones completas de pago; c) por SWIFT, que es un sistema de mensajes electrónicos que aporta a las entidades bancarias adheridas –transmisoras y receptoras– un vehículo de comunicación que permite efectuar las correspondientes

operaciones de débito y abono, sin que la transferencia de los fondos sea electrónica por sí misma (Márquez Narváez, Checa Martínez); d) por medios electrónicos, en los que las órdenes son transmitidas electrónicamente sin que exista base material o documental del mensaje.

1244. SWIFT es la sigla con la que se conoce la sociedad belga *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*, constituida por más de 300 bancos en todo el mundo que desde 1972 proporciona un servicio de mensaje electrónico interbancario que permite operaciones como la transferencia internacional de fondos. SWIFT, que en inglés significa rápido, se caracteriza por la seguridad y rapidez obtenidas mediante un sistema informático renovado para permanecer constantemente en funcionamiento y evitar la posibilidad de errores en la recepción o ejecución de mensajes.

Este tipo de transferencia permite a los bancos un mayor control de la transmisión del mensaje y produce una mayor armonización de las órdenes de transferencia, ya que sólo se admiten las órdenes dadas conforme a los formularios normalizados por SWIFT dando, a la vez, lugar a un adecuado sistema de acuse de recibo de las órdenes emitidas. Mediante este sistema, pueden transmitirse las órdenes necesarias para realizar transferencias, cobros de remesas, operaciones de divisas, compra y venta de títulos valores y, desde 1981, operaciones de crédito documentario. Cabe precisar que la compensación de las obligaciones resultantes es externa al sistema SWIFT, pues éste por el momento no ha establecido esa posibilidad (Checa Martínez).

1245. La transferencia electrónica de fondos es el auténtico "príncipe" de los medios de pagos internacionales en la actualidad. Puede ser definida como un "conjunto de técnicas de giro que tiene por efecto eliminar total o parcialmente los documentos de papel firmados, para emitir o ejecutar órdenes de pago, reemplazando tales documentos por impulsiones electrónicas susceptibles de tratamiento por computadora (Carrascosa González, con cita de Thunis). Puede realizarse por soporte magnético, banda magnética, teletransmisión por terminal, transmisión de computadora a computadora.

Las transferencias electrónicas o a través de mensajes electrónicos (SWIFT), han desplazado a otros medios de pago, ya que la incidencia

de la informática ha sido notable en la desmaterialización de los actos jurídicos.

1246. Existen dos dimensiones de la orden de transferencia: la transferencia de crédito y la transferencia de débito. La transferencia de crédito desempeña la función de medio de pago mediante el movimiento de fondos consistente en el cargo que recibe la cuenta del ordenante y el abono que se produce en la cuenta del beneficiario; por el contrario, la transferencia de débito se vincula con las operaciones de cobro de títulos valores, como cheques o letras de cambio. En general, las transferencias de débito se realizan en forma documentada, por el contrario, las transferencias de crédito se adaptan a las formas electrónicas o desmaterializadas (Checa Martínez). La Ley Modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito, aprobada el 15 de mayo de 1992, se aplica solamente a las transferencias de crédito y no a las de débito (art. 1.1).

1247. Puede distinguirse también entre orden de pago simple y orden de pago documentaria. En la orden de pago simple el banco paga contra el otorgamiento de un simple recibo, sin requerir la presentación de documentos comerciales de ninguna naturaleza (Villegas). Es la que tradicionalmente se asocia con la transferencia y es mucho más utilizada que la orden de pago documentaria (Márquez Narváez).

La orden de pago documentaria es una orden dada por el comprador a su banco para que pague al beneficiario (vendedor) contra la presentación de ciertos documentos especificados en la propia orden (generalmente los documentos comerciales: factura comercial, el conocimiento de embarque o carta de porte, comprobante de pago de flete y seguro de transporte). Podría decirse que la orden de pago documentaria es una orden de pago condicionada, sólo pagadera al beneficiario (vendedor) si presenta la documentación requerida. En lo que difiere claramente de la orden de pago simple es en que el pago es simultáneo con la entrega de la documentación representativa de las mercaderías (Villegas, Márquez Narváez), lo que asemeja de algún modo la orden de pago documentaria a la cobranza documentaria (ver Cap. 27.III).

Una ventaja de la orden de pago documentaria sobre la simple, es que la primera permite al comprador asegurarse que el pago no se efectuará

hasta que el vendedor entregue los documentos representativos de las mercaderías, pues ello es condición requerida para que se produzca el pago por parte del banco pagador (Carrascosa González). Por eso no le caben a la orden de pago documentaria las apreciaciones formuladas más arriba sobre los riesgos de la transferencia realizada antes del embarque o después de él, para el comprador o el vendedor.

2. Problemática jurídica

1248. Jurídicamente, la doctrina ha enfocado el tratamiento de las transferencias bancarias desde dos perspectivas: a) como una operación jurídica única (concepción francesa o unitaria); b) como una cadena de relaciones jurídicas independientes entre sí, pero dirigidas a un mismo fin: el pago al beneficiario de la orden de pago (concepción anglo-americana o de la fragmentación) (Carrascosa González). Desde esta última perspectiva, las transferencias se entienden estructuradas a través de una pluralidad de contratos de mandato: el que celebran el ordenante (comprador) y su banco, el que se formaliza entre el banco del ordenante y el banco pagador y todos los contratos interbancarios que se suceden hasta alcanzar el banco del beneficiario. Si bien muchos autores conceptualizan estos contratos como mandato (Carrascosa González), cabe la opinión de que se trata de típicos contratos bancarios, en su caso, interbancarios, a los que pueden resultar aplicables algunas normas del mandato o de la comisión mercantil.

1249. Cuando es necesario determinar el derecho aplicable, a pesar de la importancia que tienen los usos y las normas materiales elaboradas por UNCITRAL, rigen los principios que hemos expuesto para los contratos bancarios en general (ver Cap. 26.V).En ausencia de una ley elegida por las partes, las transferencias bancarias se rigen por la ley del domicilio o establecimiento del banco y cuando se trata de operaciones interbancarias, o de los segmentos entre dos bancos, se aplica la ley del banco pagador o banco receptor, que es el mandatario que actúa en el ejercicio de su actividad profesional específica. Por ejemplo, cuando un banco comisionado por su cliente encomienda a otro banco del extran-

jero la orden de pago a un beneficiario, la ley aplicable a la relación entre ambos bancos, es la del domicilio o establecimiento del banco mandatario, es decir el banco a quien se encomienda el pago al beneficiario (Checa Martínez).

1250. La teoría unitaria que goza de cierta aceptación en el ámbito continental, considera a la transferencia como una unidad jurídica con independencia del número de bancos intervinientes, pues la transferencia sería el movimiento completo de fondos desde el ordenante al beneficiario, considerándose a los diversos bancos intermediarios como sustitutos sucesivos del primer banco o banco receptor de la orden de transferencia del iniciador. Desde la perspectiva unitaria, se ha intentado calificar la transferencia como una cesión de créditos o se ha utilizado la teoría de la delegación, intentos ambos que son insuficientes para el análisis jurídico de la institución. Uno de los atractivos de esta concepción es que todas las operaciones que integran la transferencia quedarían sujetas a la misma ley. Se aplica la ley del establecimiento o domicilio del banco del beneficiario, que coincide con el lugar donde la transferencia debe hacerse efectiva (Carrascosa González).

1251. Es difícil determinar en algunos supuestos por cuenta de quién está actuando cada uno de los bancos intervinientes en la transferencia. Puede dudarse si el banco del beneficiario actúa como mandatario o agente del banco expedidor o del propio beneficiario, siendo esta última posibilidad la más correcta cuando entre banco y beneficiario medie una relación de depósito o cuenta corriente. La posición del banco intermediario frente al iniciador u ordenante de la transferencia origina el interrogante acerca de la existencia de relación contractual o no, entre ambas partes que pueda motivar eventuales acciones de responsabilidad por falta de ejecución o ejecución defectuosa (Checa Martínez).

Queda al margen de la operación de transferencia la relación subyacente que motiva la emisión de la orden. La transferencia es una operación abstracta, es decir, desligada de la concreta relación que medie entre ordenante y beneficiario y de las posibles acciones o excepciones que deriven de esa relación, así como de la relación entre el ordenante y el banco. Por ejemplo, la nulidad de la relación subyacente no se extiende

a la transferencia. La restitución que pueda solicitar el ordenante respecto del beneficiario por el importe del pago deberá fundamentarse en la propia relación contractual que medie entre las partes o en una acción de enriquecimiento indebido (Checa Martínez).

1252. Otros de los problemas jurídicos que se suscitan son la determinación del tiempo en que debe realizarse la transferencia, el momento en que la transferencia queda terminada o es irrevocable, el valor probatorio de los documentos contables del banco de naturaleza electrónica, el régimen de responsabilidades por error o fallo en la transmisión.

3. Reglamentación uniforme

1253. La UNCITRAL ha dedicado gran importancia al tema desde el año 1987 en que comenzaron las tareas del Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales, que culminaron con la Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito, aprobada el 15 de mayo de 1992. Como señala la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL, esta Ley Modelo fue preparada para atender al cambio fundamental que se había producido en los medios de efectuar transferencias internacionales de fondos. Ese cambio comprendía dos elementos: la creciente utilización de medios electrónicos, en vez de papel, para el envío de órdenes de pago, y el paso de la utilización generalizada de las transferencias de débito a la utilización generalizada de las transferencias de crédito.

1254. El ámbito material de la Ley Modelo se limita a las transferencias internacionales de crédito (aquellas en las que se ha de debitar la cuenta del banco originario o la de su cliente y debe acreditarse la cuenta de banco destinatario o la de su cliente), excluyéndose las transferencias internacionales de débito (es decir aquellas en las que el beneficiario solicita a su banco el cobro de la cantidad que debe ser debitada en la cuenta del banco destinatario o la de su cliente). Hay que destacar que el sistema SWIFT no ofrece la posibilidad de efectuar transferencias de débito.

La Ley Modelo incluye además de las transferencias electrónicas, las realizadas documentalmente, pese a que el objetivo inicial era el de re-

gular únicamente las transferencias realizadas por medios electrónicos. La Ley no se ocupa de las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores (nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL, art. 1, nº 15). De este modo si la transferencia ha sido iniciada por un consumidor, serán de aplicación las normas específicas sobre control de condiciones generales de contratación o de protección del consumidor, reflexión de Checa Martínez con relación a la legislación española, que resulta también oportuna con respecto a la legislación sobre consumidores sancionada en los distintos países del MERCOSUR (ver Cap. 26.I).

1255. Se considera internacional la transferencia en la que las cuentas acreditadas y adeudadas están abiertas en bancos situados en diferentes países, incluyéndose en la transferencia internacional los segmentos necesarios para la ejecución de la operación que ocurran en un mismo país (Checa Martínez). Esta es la concepción adoptada por la Ley Modelo como se desprende del art. 1° al establecer que se aplica a "las transferencias internacionales de crédito cuando cualquier banco expedidor y su banco receptor estén situados en Estados diferentes" y de su art. 2.a, al entender por "transferencia de crédito" la "serie de operaciones que comienza con la orden de pago de un iniciador hechas con el propósito de poner fondos a disposición del beneficiario", englobando, por tanto, los segmentos nacionales que componen la operación en cadena. Basta que cualquier segmento de la operación ocurra entre bancos situados en Estados diferentes para que todo el conjunto de la transferencia sea considerado internacional, aunque el iniciador de la transferencia y el beneficiario se encuentren en un mismo país (art. 1).

En el concepto de banco se incluyen las sucursales de un mismo banco situadas en otros países. Por otro lado, se asimilan a los bancos "otras entidades que en el curso normal de sus negocios ejecuten órdenes de pago" (art. 1.2).

1256. La Ley Modelo tiene carácter dispositivo: "salvo que esta ley disponga otra cosa, los derechos y obligaciones derivados de una transferencia de crédito podrán ser modificados por acuerdo de partes" (art. 4). Este carácter dispositivo se atenúa mediante diversos preceptos que son considerados imperativos a fin de que la autonomía de la voluntad

no genere una completa desprotección de la parte no bancaria de la relación a través de la exclusión contractual de los principios fundamentales en que está basada la Ley Modelo.

Son indisponibles para las partes la responsabilidad o derecho de reembolso del iniciador frente al banco expedidor de la transferencia (art. 14), la responsabilidad de los bancos por los intereses (art. 17.7) y los métodos de autenticación razonables de las órdenes de pago (art. 5.3).

1257. Otros temas regulados por la Ley Modelo son: irrevocabilidad de la orden de transferencia y casos en que se admite la revocación (art. 12), obligaciones del expedidor, que incluye al ordenante y al banco emisor (art. 5), expedidor aparente (art. 5), modo de realización del pago al banco receptor (banco pagador) (art. 6), aceptación o rechazo de la orden de pago por el banco receptor que no sea el banco del beneficiario (art. 7) o que sí lo sea (art. 9), obligaciones del banco receptor (art. 8) y del banco del beneficiario (art. 10), plazo para ejecutar la transferencia (art. 11), derecho a reembolso del ordenante y de los bancos en los casos en que no se completan las transferencias (art. 14), obligación de pagar intereses en caso de responsabilidad del banco receptor frente al beneficiario (art. 17) y momento en que se considera completada la transferencia (art. 19).

1258. La UNCITRAL sugirió, sin incorporarla en el articulado de la Ley Modelo, una norma de conflicto en los siguientes términos: 1) Los derechos y obligaciones derivados de una orden de pago se regirán por la ley del Estado designado por las partes. De no haber acuerdo será aplicable la ley del Estado del banco receptor. 2) La segunda oración del párrafo 1 no afectará la determinación de la ley por la que se haya de regir la cuestión de saber si el verdadero expedidor de una orden de pago estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor.

Como puede advertirse, la norma de conflicto sigue el criterio propugnado por la doctrina en esta materia, esto es, en defecto de autonomía de la voluntad, la transferencia se rige por la ley del Estado en que se cumple la prestación característica, que es la del banco receptor o pagador. Hubiera sido deseable que se precisara si se alude a la ley del establecimiento o del domicilio del banco receptor.

III. Cobro del papel comercial

1. Cobranzas simples y documentarias

1259. La cobranza o remesa es una orden dada por una parte, acreedor de una suma de dinero a causa de un contrato, a un banco de su plaza para cobrar del deudor dicha suma contra entrega de los documentos remitidos. Las Reglas uniformes relativas a las cobranzas, Publicación 522 de CCI (URC 522) distinguen entre cobranza simple y cobranza documentaria:

– Cobranza simple (*clean collection*) implica la transmisión de documentos financieros, a los que no se agregan documentos comerciales (art. 2.c, URC 522).

– Cobranza documentaria (*documentary collection*), en cambio, incluye la transmisión de: a) documentos financieros acompañados de documentos comerciales, o b) documentos comerciales no acompañados de documentos financieros (art. 2.d, URC 522). Se utiliza como medio de pago en la compraventa internacional.

La cobranza documentaria o remesa documentaria es una orden dada por el vendedor-exportador a un banco de su plaza para cobrar del comprador-importador una suma determinada, contra entrega de los documentos remitidos. El vendedor–exportador es el ordenante, el banco remitente es un banco de la plaza del vendedor, el banco cobrador y eventualmente el banco presentador son de la plaza del comprador, girado en la letra de cambio que se libra para la cobranza documentaria. Es bueno tener presente que el ordenante de la cobranza documentaria es el vendedor, a diferencia del crédito documentario, en el que el ordenante es el comprador.

1260. El objeto de la cobranza es la tramitación por los bancos de los documentos encomendados por el ordenante, a fin de obtener el pago o la aceptación, contra entrega de documentos comerciales o no, según los términos y condiciones establecidos en la instrucción de cobro. Las partes en la cobranza, son entonces: 1) el "ordenante", *the principal* en inglés, inadecuadamente traducido en las URC 522 como "cedente" (Riva), es la parte que encomienda a un banco la tramitación de una co-

branza; 2) el "banco remitente", *remitting bank*, que es el banco al cual el ordenante encomienda la tramitación de una cobranza; 3) el "banco cobrador", *collecting bank*, que es cualquier banco que interviene en la tramitación de la cobranza que no sea el remitente; 4) el "banco presentador", *presenting bank*, que es el que efectúa la presentación al girado o librado (art. 3.a, URC 522); y 5) el "girado" o "librado", que es la persona a quien se debe efectuar la presentación según la instrucción de cobro (art. 3.b, URC 522).

2. Reglas uniformes de la CCI

1261. En la regulación de este tipo de contratos bancarios tienen gran importancia los usos y prácticas internacionales, particularmente las reglamentaciones de la CCI. Los mismos operadores bancarios han elaborado las reglas especializadas o usos uniformes, que son aplicables por la remisión que los contratos hacen a ellas, que generalmente se instrumentan en formularios, lo que se denomina incorporación por referencia. Como consecuencia de que las instituciones bancarias utilizan estas reglas uniformes, ellas tienen un importante efecto uniformador de la regulación en la materia. Podría hablarse de un derecho uniforme *sui generis* (Checa Martínez), en la medida en que la fuente normativa es la autonomía material de la voluntad, al incorporar los usos uniformes. En materia de cobranzas la CCI ha elaborado las Reglas uniformes relativas a las cobranzas, Publicación CCI 522, vigentes desde el 1/1/1996.

1262. El término "cobranza" (*collection*) significa la tramitación por los bancos de documentos definidos en el art. 2.b de URC 522, de acuerdo con las instrucciones recibidas, con la finalidad de: a) obtener el pago y/o la aceptación, según el caso, o b) entregar documentos contra pago y/o aceptación, según el caso, o c) entregar documentos en otras condiciones (art. 2.a - URC 522).

El término "documentos" incluye tanto los "documentos financieros" (letras de cambio, pagarés, cheques, comprobantes de pago y documentos similares que se utilicen para obtener el pago de dinero (art. 2.b.i), como los "documentos comerciales" (tales como facturas, documentos

de expedición, de propiedad o cualquier otro que no sea documento financiero (art. 2.b.ii)).

1263. *Instrucción de cobro.* Conjuntamente con los documentos enviados para gestionar el cobro deberá adjuntarse una "instrucción de cobro", instrumento en el que debe especificarse que la cobranza se regirá por las URC 522 y contener instrucciones precisas y completas (URC 522, art. 4.a). En la instrucción de cobro se deben indicar los datos de nombre, dirección, teléfono, SWIFT, télex y fax del ordenante, del banco remitente, del librado y del banco presentador (art. 4.b); respecto del librado, reviste especial importancia el domicilio donde se debe realizar la presentación. Debe indicar también: el importe y la moneda objeto del cobro, el detalle de los documentos que se adjuntan y la cantidad de ejemplares, los términos y las condiciones para la obtención del pago o la aceptación, si los documentos deben ser entregados contra el pago o contra la aceptación, los cargos a cobrar con indicación de si pueden ser rehusados o no, los intereses, el método de pago y su forma de aviso y las instrucciones a seguir en caso de falta de aceptación (Riva).

El incumplimiento de las instrucciones acarrea responsabilidades por parte de los bancos, por los daños y perjuicios ocasionados. Las URC 522, indican expresamente, en su art. 9, que los bancos deben actuar de buena fe y con cuidado razonable. Pero, ¿cuál será el límite de razonabilidad para evaluar la conducta de los bancos? Sin duda que el banco, como mandatario del ordenante, en caso del banco remitente y como mandatario del remitente en caso del presentador, deberá actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Por ejemplo, los bancos que intervienen en la cobranza no tienen obligación alguna de protestar los documentos por falta de aceptación o pago, salvo que hubieran recibido instrucciones expresas de hacerlo.

3. Problemas de ley aplicable

1264. Es preciso distinguir las diferentes relaciones que pueden coexistir en este tipo de contratos: en primer lugar el contrato base cuyo cumplimiento se realiza a través de la cobranza, por ejemplo, compraventa;

en segundo lugar, la cobranza, como medio de pago de las obligaciones dinerarias elegido por las partes del contrato base, es un contrato bancario independiente y, en tercer lugar, cuando se emitan documentos financieros con motivo de dicha cobranza hay un título valor, que puede ser una letra de cambio, cheque o pagaré, en virtud del cual se asumen obligaciones cartulares regidas por su propia ley (ver Cap. 29) (Riva).

1265. En cuanto al problema de la ley aplicable a la cobranza, en primer lugar debemos tener en cuenta la autonomía de la voluntad material y los usos del comercio internacional; sin embargo puede ocurrir que alguno o algunos aspectos del contrato no se encuentren regulados por estas normas y como consecuencia sea necesario determinar el derecho aplicable. Se considera que en la cobranza documentaria, la relación entre el ordenante y el banco remitente se rige por la ley del domicilio del banco remitente y la relación entre ambos bancos por la ley del domicilio del banco cobrador.

El fundamento en el TMDCI 1940, aplicable a los casos que vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay, se encuentra en los arts. 37 y 38.c, que remiten a la ley del domicilio del deudor de la prestación de servicios. En casos vinculados con Brasil, habrá que recurrir a las normas autónomas de DIPr de cada uno de los países del MERCOSUR, por lo que al no existir regulación específica de este tipo de contratos, habrán de tenerse en cuenta las normas de conflicto sobre contratos en general de las cuales resulta el principio general de que los contratos se rigen por la ley del domicilio del deudor de la prestación característica.

1266. El problema de la ley aplicable a la cobranza documentaria fue analizada en Argentina en el fallo dictado por la CámNacCom-E, 19/2/1982, *"Cicerone c/ Bco. de Entre Ríos"* (*DJ*-1985-300), en un caso que trataba acerca de la cobranza en el exterior, encomendada por el actor a un banco argentino que utilizó, a esos fines, los servicios de un corresponsal extranjero. Definió en primer lugar la relación entre el ordenante y el banco remitente como mandato; en segundo lugar, estableció como aplicables las normas de DIPr del CC argentino que rigen la ley aplicable a los contratos en general, arts. 1205 a 1214, que someten el contrato a la ley del lugar de cumplimiento. Entendiéndose por lugar

de cumplimiento el del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato, que es el domicilio del banco remitente o mandatario. Consiguientemente se resolvió que la validez, naturaleza y obligaciones del contrato celebrado entre el ordenante y el banco remitente se rige por el derecho del domicilio del banco remitente, que en el caso era el argentino. En igual sentido había resuelto la CámNacCom-E, 20/10/1981, *"Bco. de Río Negro y Neuquén c/ Independencia Transportes Internacionales S.A. s/ ordinario"* (*ED*-97-604).

IV. Crédito documentario

1. Naturaleza y estructura

A) Diversas modalidades de pago en los contratos internacionales

1267. El crédito documentario (o "documentado") es un contrato bancario internacional utilizado fundamentalmente como medio de pago en las operaciones comerciales de intercambio. Con el incremento operado en la contratación internacional a partir de mediados del siglo pasado, se comenzó a ver la necesidad de darle mayor seguridad, valor de imprescindible consideración para el logro de un adecuado desarrollo y crecimiento de los negocios de importación y exportación. Es así que aparece la figura del banco cumpliendo una función auxiliar (según M. Checa Martínez) intermediando entre los operadores de los distintos mercados para la realización eficiente de los pagos internacionales. Con el curso de los años el banco llega a tener un rol protagónico (Riva) perfeccionando sus servicios para garantizar cada vez en mayor medida el cumplimiento eficaz de las prestaciones esenciales de compradores y vendedores.

Si bien no es el único medio de pago (como puede verse claramente en este Capítulo), se presenta como el resultado de una evolución que a los efectos didácticos podemos sintetizar (de manera no excluyente) poniendo inicialmente al pago directo, normalmente por transferencia bancaria, luego a la orden de pago documentaria y la cobranza documentaria y por último al crédito documentario.

En el pago directo el importador paga lo debido, al contado o a plazo (de acuerdo a lo convenido), recurriendo probablemente a un banco, por intermedio del cual pondrá a disposición del exportador los fondos respectivos, valiéndose para ello de los distintos servicios de transferencias internacionales, o mediante cheque contra cuenta en el exterior, etc. Esta instrumentación tan elemental no ofrece demasiadas garantías para el exportador ni para el importador. El primero no sabe si, entregada la mercadería, cobrará en el plazo estipulado, o si el importador la rechazará una vez llegada al puerto de destino. Puede darse una situación de "rechazo arbitrario" cuando, aun pactado el pago al contado o a la vista, el comprador decide no pagar, desinteresándose de la operación. Entonces el vendedor se encuentra con que debe arbitrar los medios para retornar la mercadería a su país, o malvenderla a otro comprador en la misma o en otra plaza, o recurrir a procedimientos judiciales de cumplimiento del contrato de compraventa. Desde otro ángulo, si se trata de un pago anticipado, el comprador se arriesga a que el exportador no lleve a cabo el embarque de la mercadería.

La "ausencia" del banco (sin perjuicio de que el pago se haga mediante giro, transferencia, cheque, etc.) indudablemente abarata los costos de la operación. Pero a la vez se asumen los riesgos relativos a las inseguridades aludidas *supra*, lo cual sólo torna aconsejable el uso de esta modalidad entre partes que se tienen un alto grado de confianza, o que seguramente cumplirán sus obligaciones por tratarse, *v.gr.*, de empresas vinculadas.

1268. La orden de pago documentaria es la transferencia de fondos que realiza un importador (ordenante) a favor de un exportador (beneficiario) por medio de un banco para que, utilizando los servicios de un corresponsal o agencia propia en la plaza del exportador, pague el precio de la negociación, contra la presentación por parte de éste de la documentación relativa a la compraventa: facturas, certificados, conocimientos, pólizas.

La gran diferencia de esta modalidad con el crédito documentario, radica en que el banco no asume ninguna obligación de pago a título personal: sólo hace efectiva la transferencia y controla la documentación a recibir.

B) Concepto y funcionamiento del crédito documentario

1269. Habíamos comenzado diciendo que el crédito documentario es un contrato bancario internacional utilizado fundamentalmente como medio de pago en las operaciones comerciales de intercambio. Luego de pasar brevemente por otras formas de pago podemos entender mejor las virtudes, que son en definitiva las principales características del crédito documentario, por cuanto su razón de ser viene dada por la necesidad de salvar los inconvenientes que poseen las otras modalidades. Por otra parte, no solamente sirve para pagar en las transacciones internacionales sino que además posee una esencial función de garantía en orden al importante grado de seguridad que otorga, siendo frecuentemente un eficaz instrumento de financiación.

Si bien no es conveniente encerrarlo en una definición, parece aceptable referir a esta figura como un título por medio del cual un banco actuando por cuenta y orden de un cliente, asume la obligación de pagar, por sí o por otro banco, a un tercero beneficiario, una determinada cantidad de dinero, previo cumplimiento por parte de este último de las condiciones estipuladas en el instrumento contractual, llamado carta de crédito.

En la Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, publicación 500 de la CCI (RRUU 500), el contrato está descripto como:

> "(...) todo acuerdo, cualquiera sea su denominación o descripción, por el que un banco ("Banco Emisor"), obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente ("Ordenante"), o en su propio nombre:
>
> I. se obliga a hacer un pago a un tercero ("Beneficiario"), o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio (instrumentos de giro) librados por el beneficiario, o
>
> II. autoriza a otro banco para que efectúe el pago, o para que acepte y pague tales instrumentos de giro, o
>
> III. autoriza a otro banco para que negocie, la entrega del/de los documento/s exigido/s, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del crédito.
>
> A los efectos de los presentes artículos, las sucursales de un banco en países diferentes, se considerarán como otro banco". (art. 2)

1270. De acuerdo a lo anticipado, y tal como lo señalan prácticamente todos los autores que han estudiado el tema, se trata del instituto que mejor protege –dentro de los límites posibles– los intereses de ambas partes en los negocios multinacionales, ya que se logra la seguridad de que no se entregará la documentación si no se paga, a la vez que no se pagará si la documentación no es la adecuada conforme a lo convenido.

La nota distintiva (y, podríamos decir "evolutiva") del crédito documentario radica en que un banco (o más de uno) asume la obligación de pago del precio superponiendo ese deber jurídico al del importador, con lo cual de entrada el exportador cuenta ya con dos deudores solidarios por el pago del precio de la operación.

Hay algunos principios propios de este contrato que se deben tener en cuenta. Por un lado, su total independencia de la operación comercial que ha motivado la emisión del crédito (es lo que Checa Martínez llama "principio de autonomía o abstracción"). Las compraventas, suministros, servicios, obras, etc. que subyacen no producen ninguna interferencia en el contrato bancario. Por ello, ninguna excepción puede oponerse que provenga del contrato base. Para el banco sólo es válido el texto de la carta de crédito. Además, el banco se ocupa sólo de documentos y no de mercaderías o cualquier hecho que exceda lo específicamente inserto en el instrumento contractual (Checa Martínez alude a esta característica como "principio del cumplimiento estricto"). De ahí que cualquier reclamación, por ejemplo, por diferencias entre lo facturado y lo despachado o por defectos en la mercadería, debe solventarse entre comprador y vendedor.

De otro ángulo, los bancos no asumen ninguna responsabilidad en cuanto a la forma, autenticidad y alcance legal de los documentos. Si bien deben examinarlos con todo esmero, el control se limita a su forma externa, constatando si se ajustan a las condiciones estipuladas. Los bancos también se liberan de responsabilidad por los retrasos que se produzcan en la transmisión de mensajes (a menos que sean causa de los mismos), así como por consecuencias derivadas de fuerza mayor, y por actos de sus corresponsales o de terceros que no hayan cumplido las instrucciones dadas por ellos para el desarrollo del crédito.

1271. Esquemáticamente, la operación de crédito documentario aparece estructurada en principio como una figura tripartita (aunque luego

veremos que es de cuatro o más partes): un comprador (importador) instruye a un banco para que abra el crédito por una determinada cantidad de dinero y se comprometa a pagarlo, en favor de un vendedor domiciliado en el exterior (exportador). Si el banco acepta, emite la carta de crédito asumiendo el deber de pagar como obligado directo, siempre y cuando el exportador, beneficiario del crédito, cumpla estrictamente con la entrega de la documentación detallada en dicha carta. El comprador se une entonces al vendedor por un nuevo contrato autónomo y sometido a reglas propias y diferentes del contrato base (la compraventa, contrato que utilizamos de modo ejemplificativo), aun cuando sea en realidad el medio de pago estipulado en aquél. Tenemos entonces, desde el punto de vista del derecho comercial bancario, un ordenante (el comprador), un beneficiario (el vendedor) y el banco emisor del crédito. Ello genera derechos y deberes recíprocos entre las tres partes y abre la posibilidad de conflictos que involucren tanto a dos de ellas como a las tres. La internacionalidad del contrato nos coloca frente a los clásicos problemas de nuestra materia: la ley aplicable y la jurisdicción competente.

Ahora bien, el banco emisor cumple las funciones de "aviso", recepción de la documentación y pago del monto estipulado, por intermedio de un banco corresponsal (notificador o avisador) normalmente situado en la plaza del beneficiario o en un país muy cercano. También puede hacerlo mediante una sucursal o agencia propia en la plaza extranjera, situación que no hace variar desde el punto de vista jurídico el carácter de corresponsal que asume la sucursal, que según la propia RRUU 500 (art. 2) es considerada como "otro banco".

Siendo así, advertimos que en la práctica la plurirelación es cuatripartita: ordenante-banco emisor-banco corresponsal-beneficiario. Puede incluso aparecer otro banco (banco "designado") elegido por el beneficiario para recibir por su intermedio el pago del monto pactado.

El beneficiario examina el crédito para constatar si coincide con lo convenido en la compraventa (o negocio de que se trate). Si no hay coincidencia, se dirige al comprador para que modifique adecuadamente las condiciones del crédito. En cambio, si hay coincidencia, inicia la fabricación de la mercadería o la suministra de las existencias que posea. Luego la despacha, reúne los documentos requeridos, y los presenta al banco notificador para la utilización del crédito.

En esta instancia el banco corresponsal comprueba si los documentos recibidos concuerdan plenamente con las condiciones del crédito y paga. Luego, remite los documentos al banco emisor para que éste le reembolse el contravalor. Los documentos exigidos por el ordenante en la carta de crédito deben ser obtenidos o emitidos por el exportador, quien debe ser extremadamente cuidadoso en lograr que "concuerden en todo" (RRUU 500) con las condiciones exigidas en la carta de crédito, pues ello posibilitará el desarrollo de la operación sin contratiempos.

Los principales documentos son: la factura (extendida por lo general a nombre del comprador), la letra de cambio (si se utiliza la cambial), la póliza del seguro, el documento del transporte (conocimiento marítimo, guía aérea o ferroviaria o por carretera) y otros documentos, necesarios o acordados, como facturas consulares, certificados de origen, de peso, de calidad, sanitarios, etcétera.

1272. Las modalidades de crédito que se utilizan son múltiples. Mencionaremos las más usuales (y básicas), dentro de las cuales tenemos al crédito revocable o irrevocable (art. 6.a), según pueda o no ser modificado o cancelado sin previo aviso y en cualquier momento por el banco emisor. Si no se especifica en la carta, la RRUU 500 establece que se presume irrevocable (art. 6.c) (presunción que en la RRUU 400 era inversa). A la vez, existen dos clases de créditos irrevocables: por un lado, el no confirmado por el banco notificador, que de tal modo actúa sólo avisando al beneficiario la apertura del crédito, y pagándole con los fondos que haya recibido del emisor, y el confirmado por el banco notificador, quien asume el carácter de deudor directo del beneficiario (art. 9.b).

Se hacen también clasificaciones tomando en cuenta las diversas formas de utilización del crédito: así, hay crédito pagadero a la vista o utilizable mediante letra a plazo, o con pago diferido; también existen las "*stand-by letters of credit*" (cartas de crédito contingente), que se utilizan como garantías de cumplimiento en diversos tipos de contrataciones, los créditos automáticamente renovables ("*revolving credits*"), los transferibles o intransferibles, los "*back to back*" (el beneficiario de un crédito intransferible lo utiliza como base para abrir otro crédito en favor de un tercero), los que permiten el anticipo de fondos (en descubierto,

con sus variantes "*red ink clause*" y "*green ink clause*"), los que cuentan o no con provisión de fondos por parte del ordenante, etcétera.

C) Naturaleza jurídica

1273. Son muchas las opiniones existentes acerca de la naturaleza jurídica del crédito documentario, mostrando los esfuerzos que realizan los autores por encasillar a este contrato atípico dentro de las categorías legisladas en los ordenamientos jurídicos internos de cada país. Como señala Checa Martínez, los intentos calificatorios tienen una doble función. De un lado, en el plano de los ordenamientos internos, dada la inexistencia de normas específicas sobre este contrato, buscan la identificación con las figuras o categorías generales del derecho de las obligaciones. Así, se habla de "unión de contratos", "negocio jurídico complejo", etc. De otro, en el plano del DIPr, se encuentra el problema del derecho aplicable y los posibles choques de calificaciones entre la *lex fori* y la *lex causae*, que el mencionado autor confina al "tipo legal" la calificación según *lex fori* y a la consecuencia jurídica, la según *lex causae*.

Dejando de lado que no estamos de acuerdo con tal confinamiento, resulta interesante la trilogía de posibilidades que se advierten en cuanto a las concepciones como un contrato complejo (y por ende, con un número muy limitado de posibles leyes aplicables), una multiplicidad de contratos coligados (varias leyes posiblemente aplicables, pero una, la del contrato principal, incidiendo sobre aspectos del régimen de los contratos accesorios), o directamente una operación compleja constituida por diferentes negocios autónomos aunque con una misma finalidad económica (tantas leyes como negocios componen su estructura).

1274. De todas formas debemos tener en claro que la cuestión del derecho aplicable depende del contexto jurisdiccional en que se analice el caso y que la "ansiedad" por encontrar un encasillamiento en figuras "típicas" responde al problema común del conflictualismo, en tanto, aun cuando logre localizar el contrato (en su "totalidad" o en alguna de sus "porciones") en algún derecho nacional, se encontrará con una total carencia o una insuficiencia de normas específicas de derecho interno para regular la situación litigiosa.

Autores como Montesi (coincidiendo en parte con Garrigues y Olarra Jiménez) ven en el crédito documentario una pluralidad de contratos ligados entre sí por una misma finalidad económica: asegurar al exportador el cobro del precio de la venta. Es un mecanismo al servicio de un negocio causal. Labanca, Noacco y Vera Barros acentúan la interdependencia existente entre las diversas relaciones, y concluyen encontrarse ante un contrato único de carácter multilateral. Alberto Rodríguez Carretero parece entenderlo como un contrato único, asimilándolo a la asunción de deuda. C.G. Villegas dice que es un contrato bancario autónomo, atípico y complejo, que genera múltiples relaciones jurídicas.

En fin, puede decirse que entre ordenante y emisor o entre emisor y corresponsal hay una relación de mandato o de comisión, o que se evidencia la figura de la asunción acumulativa de deuda, o una delegación imperfecta. Para todo ello hay argumentos muy respetables, cuyo análisis –interesantísimo, por cierto– excede el propósito de este trabajo, sin perjuicio de que si se estudia el problema desde el derecho interno argentino, nos parece que hay reglas de la comisión comercial que son de utilidad para varios aspectos que pueden estar necesitados de regulación.

Por otra parte, sin negar que resulta atrayente la posibilidad de atribuirle la configuración de un contrato único y complejo, que da lugar a una pluralidad de relaciones, a la hora de los conflictos reales parece conveniente desprenderse de apriorismos teóricos y elaborar las soluciones de acuerdo a las características de cada litigio.

2. Reglas y usos uniformes de la CCI

1275. La regulación de fondo del crédito documentado se encuentra en las normas materiales consuetudinarias contenidas en "Reglas y usos uniformes relativo a los créditos documentarios", publicación 500 de la Cámara de Comercio Internacional (*brochure* 500 o "RRUU 500"). Dicha publicación reemplazó a partir del 1/1/1994 a la anterior "RUU 400", incorporando algunas modificaciones impuestas por la práctica contractual masiva.

Es interesante destacar que como las reglas consuetudinarias encuentran su justificación en la autonomía material de las partes contratantes,

el reemplazo o la actualización de las mismas por parte de los clásicos organismos compiladores (como la CCI) no significa en absoluto la imposibilidad de continuar usando en las transacciones individuales la compilación reemplazada o, incluso, utilizar en cada contrato normas de la vieja y de la nueva normativa, sumadas a las que las partes elaboren e incluyan como cláusulas del contrato. De hecho, las nuevas normas han sido extraídas del uso que ya se venía haciendo de ellas.

Tratándose de un cuerpo de normas de origen privado, no poseen fuerza imperativa propia y su aplicabilidad depende del acuerdo de las partes, que deben incorporarlas (por mera referencia) al contenido obligacional de su contrato. Sin embargo pueden llegar a ser aplicadas a los casos concretos aunque no haya habido sometimiento expreso, por la amplísima recepción internacional que poseen, adquiriendo el carácter de verdaderos usos y costumbres, a los que paulatinamente se les va dando obligatoriedad oficial cuando son "ampliamente conocidos y regularmente observados" (por usar las palabras que emplea la Convención de la ONU de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en su art. 9.2).

3. Problemas de ley aplicable

1276. Las normas materiales de las RRUU tienden a prevenir posibles conflictos de leyes mediante la unificación. Respecto de ellas cabe señalar que los tribunales argentinos las aplican "con normalidad". Sin embargo estas normas presentan lagunas, como también pueden sufrir desunificación por la variedad de prácticas bancarias y hasta por la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales, colocándonos entonces con el problema del derecho aplicable, en donde las opiniones de los autores difieren.

Antes que nada, debe quedar en claro que la regulación interna del contrato queda sometida a las cláusulas incorporadas por las partes, que constituyen normas materiales propias. Éstas se hallan justificadas en la llamada autonomía material de los contratantes, la que a su vez encuentra fundamento en la posibilidad de elección del derecho aplicable mediante el "*pactum de lege utenda*", que no es otra cosa que la "autonomía conflictual", como potestad de designar de común acuerdo la ley de fondo que debe regir toda cuestión que no pueda ser resuelta por las

normas internas del contrato ni por las prácticas y usos que resulten de aplicación.

1277. Como veníamos diciendo, no hay coincidencia en cuanto a la determinación del derecho o ley nacional que en justicia debe aplicarse al contrato, cuando las partes no han elegido por su cuenta dicha ley. Más allá de que las normas de conflicto de los distintos Estados suelen ser "generales" (aplicables a todo contrato) y presentar diferencias de "elección" de uno a otro sistema autónomo de DIPr, aun tomando en consideración normas con elecciones coincidentes, e incluso dentro de un mismo sistema autónomo, sobrevienen las dificultades para hallar criterios uniformes en la determinación de la ley aplicable, como consecuencia de la falta de especificidad de tales normas y las posibilidades de disímiles calificaciones de un punto de conexión demasiado lato. Para algunos será la ley del domicilio del beneficiario vendedor, para otros la del banco emisor; y habrá quienes se inclinen por la ley del domicilio del banco corresponsal si es confirmador del crédito.

Así por ejemplo, sobre la base del punto de conexión del DIPr autónomo argentino "lugar de cumplimiento" (coincidente con el de los Tratados de Montevideo), para A. Boggiano (arts. 1209, 1210, 1212 y 1213 CC y su complementación doctrinal) debe aplicarse la ley domiciliaria de quien cumple la "prestación característica", que está a cargo del banco corresponsal, si el crédito es "confirmado", o del banco emisor si es "no confirmado". Particularmente nos parece atendible lo que sostienen Labanca, Noacco y Vera Barros: según la relación en la que se dé el conflicto, será el derecho aplicable.

Pero ello, en cuanto la situación conflictiva se localice en una relación y sea claramente separable de las demás. Veamos: una controversia entre el ordenante y el banco emisor, por el reembolso de lo pagado al beneficiario, en un crédito abierto sin previa provisión de fondos por el comitente (ordenante), podría ser solucionada por la ley aplicable a esta relación, que es la ley del domicilio del banco emisor, coincidente normalmente con el domicilio del ordenante. De todas maneras, Boggiano dice que el ordenante podría, por ejemplo, responsabilizar al emisor según el derecho del domicilio común de ambos, por el incumplimiento del corresponsal, que podría a su vez no ser responsable según su propio de-

recho domiciliario. Sería ésta una aparentemente injusta consecuencia de la total independencia de los derechos aplicables a cada relación.

Cuadra insistir en que para un conflicto focalizado en un sector de la plurirelación, sin incidencia en otro, no habiendo domicilio común, el contrato gravita hacia la figura del banco. Si el conflicto fuere entre bancos, podría acudirse a la distinción entre crédito confirmado o no confirmado, para fijar el derecho aplicable en el corresponsal o en el emisor.

1278. Como conclusión de todo esto podemos señalar cuáles son en definitiva las normas de fondo que deben aplicarse a un contrato bancario de crédito documentario. Desde la óptica de un tribunal nacional que analiza un caso concreto, la regulación a tener en cuenta es evidentemente la creada por los contratantes (normas materiales del contrato) y las reglas y usos de la CCI. Subsidiariamente, las normas de derecho privado interno del país cuya ley indican como aplicable las normas de conflicto del foro. En uno y otro supuesto, a salvo siempre la exclusión de cualquier regla creada o norma oficial foránea por normas de policía del país del juez o de otros países cuya vinculación económica con el contrato sea relevante y dicho juez crea necesario hacerlas respetar (conf. Boggiano), con más el control de "compatibilidad" con los principios de orden público para casos internacionales del país del juez.

V. Las cartas de crédito contingentes

1279. La carta de crédito contingente, o *standby letter of credit* tiene la forma y la estructura jurídica del crédito documentario, pero su función primordial no es de medio de pago, sino de garantía abstracta. El origen relativamente reciente de esta modalidad de crédito documentario se encuentra en la prohibición que afecta a los bancos de Estados Unidos de emitir garantías, lo que los obligó a recurrir a otros mecanismos –crédito documentario– para desarrollar la función propia de las garantías (Checa Martínez).

Se diferencia del crédito documentario en que la carta de crédito contingente satisface el interés del importador (beneficiario), al garantizar el banco con su compromiso de pago el eventual incumplimiento del expor-

tador (ordenante). Como se recordará, el crédito documentario asegura al exportador (beneficiario) el pago del crédito (normalmente el precio de la compraventa). Los roles de las partes se invierten: el ordenante del crédito documentario es el comprador, en cambio el ordenante de la carta de crédito contingente es el vendedor de bienes o servicios; el beneficiario del crédito documentario es el vendedor, en cambio el beneficiario de la carta de crédito contingente es el comprador o adquirente de los servicios.

1280. Por su función de garantía, las cartas de créditos *stand by* están comprendidas en el ámbito material de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes firmada en Nueva York, el 11 de diciembre de 1995, que no se encuentra vigente al 1°/12/2002 en ninguno de los países del MERCOSUR (ver Cap. 26.V.2). Sin embargo, la diferencia con la garantía a primera demanda es que en la carta de crédito contingente, el beneficiario indefectiblemente debe presentar los documentos indicados en la carta de crédito para percibir el crédito. Estos documentos tienden a probar el incumplimiento o la ejecución defectuosa del contrato base garantizado con la carta de crédito contingente; será una certificación pericial o una simple notificación emitida por el beneficiario (Checa Martínez). La carta de crédito contingente no puede prescindir de la presentación de documentos por la estructura y mecánica del crédito documentario, que se le traslada.

Las cartas de crédito contingente estaban sujetas a las Reglas y usos uniformes del crédito documentario, revisión de 1993, publicación CCI 500, vigente desde 1/1/1994 "en la medida en que les sean aplicables" (art. 1), hasta que CCI aprobó las Reglas sobre cartas de crédito contingente internacionales, que entraron en vigencia el 1° de enero de 1999.

Las cartas de crédito contingente a veces están desvinculadas de operaciones de exportación; pueden servir como garantías en las emisiones de efectos negociables (Checa Martínez).

1281. La carta de crédito contingente puede ser una garantía directa cuando no existe una contragarantía, esto es un banco del país del beneficiario asume directamente la garantía solicitada por el ordenante de otro país. Pero lo más habitual es que sea una garantía indirecta cuando

el ordenante se dirige a un banco sito en su país para que éste obtenga de otro banco, situado en el país del beneficiario, una garantía directa a favor de éste (Carrascosa González). En operaciones de alto monto que implican la exportación de tecnología, para cubrirse del incumplimiento del exportador extranjero, el importador exige una garantía de ejecución emitida por un banco de su propio país, la cual normalmente sólo puede obtenerse si media una contragarantía emitida por un banco del país del exportador (Albornoz). En suma, la garantía es indirecta cuando existe una contragarantía dada por otro banco. Ambas garantías pueden ser de diferente naturaleza, normalmente la garantía de primer rango será una garantía a primera demanda, pero la de segundo rango (contragarantía) puede ser una carta de crédito contingente (Checa Martínez).

1282. En la carta de crédito contingente indirecta se entrelazan varias relaciones para lograr la finalidad de garantía: a) Relación entre el primer banco (banco contragarante) y el ordenante (exportador): se trata de un contrato bancario, para algunos de un contrato de mandato (Carrascosa González), para otros de comisión mercantil (Checa Martínez), pero existe consenso en que el contrato se rige por la ley del domicilio o establecimiento del banco, por ser el deudor de la prestación característica (ver Cap. 26.V.1). b) Relación entre el banco garante (segundo banco emisor de la garantía directa) y el beneficiario de la garantía: Desde nuestro punto de vista no existe relación contractual entre el banco garante y el beneficiario, ya que el banco asume una obligación unilateral frente al beneficiario (Alegría, Villegas), pero para otros se trata de un contrato de garantía, un contrato en el que el único obligado es el banco (Carrascosa González, Hernández Martí). También en esta relación existe total coincidencia en que la prestación característica es la del banco garante, por lo que se aplica su ley, esto es la ley del Estado en que el garante (banco) tenga el establecimiento donde la promesa haya sido emitida (art. 22 de la Convención de UNCITRAL de 1995 sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente). c) Relación entre el primer banco (contragarante) y segundo banco (garante): es precisamente en la relación interbancaria donde se presentan las dificultades, porque los bancos están ligados por dos relaciones jurídicas, la de comisión y la de contragarantía.

1283. Por una parte, entre el primer banco (contragarante) y el segundo banco (garante), existe un contrato de comisión en el que el primer banco actúa como comitente y el banco garante opera como comisionista, pues el banco garante queda obligado a la emisión de una garantía de primer rango a favor del beneficiario. Esta relación de comisión queda sometida a la ley del domicilio del banco garante, deudor de la prestación característica del contrato (Carrascosa González, Checa Martínez).

Por otra parte, entre el banco garante y el banco contragarante existe una relación derivada de la contragarantía o garantía de segundo rango emitida por el primer banco o contragarante. Las partes son las mismas, pero vinculadas por otra relación: la contragarantía que queda sometida a la ley del lugar del establecimiento del banco contragarante (art. 27 Reglas uniformes sobre garantías autónomas, 1991, CCI 458). No hay que olvidar que a la contragarantía le son aplicables las normas de la garantía (art. 6.c) Convención de UNCITRAL de 1995).

En cualquiera de las relaciones se admite la autonomía de la voluntad, por lo que la ley del deudor de la prestación característica se aplica a falta de elección de las partes del derecho aplicable.

VI. Tarjetas de crédito

1284. La tarjeta de crédito es un documento mercantil dotado de una banda magnética o un microprocesador que reúne la información necesaria para permitir a su titular la adquisición de bienes o servicios a crédito o al contado, en determinados establecimientos comerciales adheridos al sistema y realizar otras operaciones, dentro o fuera del país, según los términos del contrato. Se configuran como títulos valores impropios o títulos de legitimación, es decir documentos necesarios para ejercer los derechos, que no son autónomos ni abstractos como los títulos valores, sino que tienen su origen en un contrato subyacente. Su función principal y característica es la de ser medios de pago, con lo que podríamos designarlas con la denominación de "tarjetas de pago". Pero normalmente llevan aparejadas otras funciones, como por ejemplo ser instrumentos de crédito: algunas tarjetas permiten a su titular obtener bienes, servicios e incluso dinero a crédito, desembolsando su precio más tarde (García Mazás).

1285. Las operaciones realizadas a través de las tarjetas se basan principalmente en dos relaciones jurídicas, la existente entre el emisor y el titular de la tarjeta, y la existente entre el emisor y los proveedores o establecimientos comerciales adheridos al sistema. El emisor (sociedad mercantil o bancaria) celebra un contrato con el futuro titular de la tarjeta, por el cual se compromete a pagar las obligaciones que el titular contraiga con los establecimientos comerciales afiliados y el titular se obliga a reembolsar las cantidades adelantadas por el emisor. Este contrato entre el emisor y el titular de la tarjeta es un contrato legalmente atípico al que le son aplicables, para algunos autores, las normas del mandato.

El contrato de emisión de tarjeta generalmente esta vinculado a una cuenta bancaria (cuenta corriente, de depósito o de ahorros) a nombre del titular. Entre el emisor y los proveedores o establecimientos comerciales se configura una relación por la cual el establecimiento comercial se obliga frente al emisor a admitir la tarjeta como medio de pago de las adquisiciones de bienes o servicios que el titular haga en él; por su parte, el emisor se obliga a hacer efectivo el importe de dichas adquisiciones, haciendo un pequeño descuento. Se trata de un contrato de colaboración empresaria, que podemos considerar en concreto como un contrato de prestación de servicios. Es importante destacar que tanto el contrato emisor-titular como emisor-establecimiento son contratos de adhesión, sometidos a condiciones generales redactadas unilateralmente por la entidad emisora (García Mazás, Carbonel Pintanel).

1286. *Derecho aplicable.* Los contratos que se realizan para hacer operativo el sistema de tarjetas son contratos coligados, que a pesar de su dependencia, son jurídicamente diferentes. Por ello, a efectos de localizar la ley aplicable a cada uno de ellos deben ser tratados como autónomos, salvo que las partes establezcan otra cosa. En los contratos emisor-establecimiento comercial, habrá que tener en cuenta, en primer lugar, si las partes han elegido el derecho aplicable y si dicha elección es válida (ver Cap. 25). En su defecto, habrá que acudir al lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato, que también en este caso es la que realiza la entidad bancaria, en el ejercicio de su actividad profesional, aplicándose en consecuencia la ley del domicilio del banco emisor (García Mazás).

En cuanto a los contratos emisor-titular, generalmente el titular es un consumidor, en consecuencia, si bien en general la autonomía de la voluntad no está prohibida, dicha elección del derecho aplicable está limitada por normas de policía, que no podrán quedar desplazadas por la autonomía conflictual, y en consecuencia deberíamos acudir al principio de la prestación característica del contrato, que como ya dijimos es la que cumple el banco emisor.

1287. La inexistencia, en la mayoría de los países, de normativa legal que regule el pago con tarjeta, ha originado que el contrato redactado por el emisor sea el marco regulador de las relaciones entre el emisor y el titular. Para la defensa de los intereses de los consumidores es importante que los contratos sean escritos y además detallen al máximo las condiciones impuestas, ya que el formalismo es un método de protección para ellos. Por otra parte en la práctica, la mayoría de los contratos emitidos por los bancos, contienen cláusulas autorizando la modificación de las condiciones del contrato por parte del emisor, es decir, unilateralmente (Carbonel Pintanel). Contra los abusos generados por los contratos de adhesión el derecho común ofrece algunos remedios tales como nulidad por vicio del consentimiento, interpretación de las cláusulas ambiguas, inoperabilidad de las cláusulas no aceptadas y de las abusivas remedios que no siempre resultan apropiados para solucionar la problemática de esta modalidad de contratación (Carbonel Pintanel). La Ley N° 25.065 de Argentina de tarjetas de crédito (*BO*, 14/1/1999) sanciona como nulas las cláusulas del contrato que faculten al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del mismo (art. 14.b).

Bibliografía complementaria

ALBORNOZ, J.R. / ALL, P., *El crédito documentario*, Mendoza, 2002; ALEGRÍA, H., "Las garantías abstractas o a primera demanda en el derecho moderno y en el Proyecto de Unificación Argentino", *RDCO*, 1987, pp. 685-738; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Medios de pago internacionales", en CALVO CARAVACA, A.L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 732-839; CARBONEL PINTANEL, J.C., *La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea*, Madrid, Eurolex, 1994;

CHECA MARTÍNEZ, M., "Medios de Pago", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (dir.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 391-423; CHECA MARTÍNEZ, M., *El crédito documentario en el derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1994; DIEUZEIDE, J.J., "Incorporación de las reglas uniformes como condiciones generales de contratación en los contratos de crédito documentado", *RDCO*, 1986, pp. 53 ss.; GOLDSCHMIDT, W., "El crédito documentado en el derecho internacional privado", *RDCO*, 1978, pp. 799-805; HANNA MUSSE, A., "¿Son los bancos simples intermediarios en la ejecución del crédito documentado?" RDCO, 1981, pp. 547 ss.; HIGHTON, F.R., "Apreciación de las diligencias en la negociación del crédito documentado", *LL*, 1981-B, 112; IACOMETTI, L., "Carta de crédito doméstica", *RDCO*, 1970, pp. 699 ss.; KLEMENS, P., "La garantía bancaria en el comercio internacional", *RDCO*, 1974, pp. 715-765; MAESTRE CASAS, P., *Aplicabilidad del derecho de la competencia a la banca*, Madrid, Eurolex, 1997; MÁRQUEZ NARVÁEZ, J.M., *Medios de pago en la compraventa internacional*, Madrid, Esic / Instituto Español de Comercio Exterior, 1993; MILELLA, M. / SKODNIK, M., "Teoría jurídica del crédito documentado", *RDCO*, 1974, pp. 261 ss.; RIVA, J.L., *Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de comercio exterior*, Buenos Aires, Depalma, 1997; RIVA, J.L., *Operatoria bancaria en comercio exterior y cambios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986; RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Contratos bancarios - Su significación en América Latina*, Bogotá, Biblioteca Felaban, 1990; VILLEGAS, C.G., *Comercio exterior y crédito documentario*, Buenos Aires, Astrea, 1993; VILLEGAS, C.G., *Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad bancaria*, Buenos Aires, Depalma, tomo I, pp. 627 y ss.

Capítulo 28

Obligaciones extracontractuales

Cecilia Fresnedo de Aguirre

I. Noción general de "obligaciones extracontractuales"

1. Heterogeneidad de las situaciones

1288. Obligaciones extracontractuales son, en principio, todas aquellas que nacen sin convención, incluyendo las delictuales, cuasidelictuales, cuasicontractuales y las puramente legales. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa ha definido la responsabilidad extracontractual como la "obligación de reparar un daño derivado de un hecho distinto a la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual". No obstante, esta definición nos pone ante un conjunto tan amplio de situaciones que resulta imprescindible buscar una definición más restringida. Es necesario precisar que cuando preexiste una determinada relación jurídica (de familia o de trabajo, por ejemplo), se trata de categorías distintas, independientes, que deben regularse por las normas propias correspondientes (González Lapeyre). Pero aun esta concepción más restringida supone incluir dentro de una misma categoría, una variedad de supuestos tan grande y con tan poco en común, como lo son, entre otros, la responsabilidad emergente de los accidentes protagonizados por automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques, difamación, responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, responsabilidad por los hechos de terceros (dependientes, etc.), concurrencia desleal, contaminación transfronteriza, que hace difícil una solución común que resulte adecuada para todas ellas.

2. Tendencias de reglamentación: especialización y materialización

1289. Las legislaciones tanto de fuente nacional como internacional, la doctrina y la jurisprudencia de los distintos Estados, han optado por una variedad de soluciones en materia de ley aplicable a las obligaciones que nacen sin convención, y de jurisdicción competente en las cuestiones a que éstas dan lugar. En la XI sesión de la Conferencia de DIPr de La Haya (1967-1968), las dos comisiones especiales que debían elaborar una Convención sobre actos ilícitos, concluyeron que el tema no era susceptible de una solución uniforme, por lo que seleccionaron dos de esos temas, los cuales dieron lugar a dos Convenciones, una sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (4/5/1971) y otra sobre ley aplicable a la responsabilidad por hechos del producto (2/10/1973).

No obstante, las soluciones específicas no son suficientes. Parece innegable que más allá de las posibles regulaciones puntuales de las subcategorías identificables dentro de la categoría genérica responsabilidad extracontractual, es necesario contar con un régimen general para regular aquellos casos en que no existe norma específica. Batiffol, frente al interrogante planteado en el cuestionario previo a la Sesión de Edimburgo de 1969, de si debían estudiarse las obligaciones extracontractuales en general, o bien proceder al estudio de ciertas categorías especiales de éstas, afirmó que a pesar del interés que podría tener una distinción entre las diferentes categorías, se constataba la común aceptación de un principio general que concierne al conjunto de obligaciones extracontractuales. Sostuvo que la segunda opción dejaría al intérprete sin directivas para los tipos de obligaciones no previstas, por lo cual era necesario mantener el principio general tradicional. Y concluyó afirmando que no parecía que el progreso del derecho internacional privado debiera consistir en la negación de un régimen general de la responsabilidad extracontractual. El proceso constante de elaboración del derecho consiste en establecer reglas de una cierta generalidad para orientar y guiar a los intérpretes, dejando la posibilidad de introducir excepciones, derogaciones y precisiones que la experiencia pudiera revelar como útiles y que serían en su oportunidad objeto de definición.

Es decir que en cuanto a la extensión de la categoría, si bien es totalmente compartible que algunas cuestiones requieren, por su especifici-

dad, una regulación propia e independiente (ejs.: la responsabilidad del fabricante por el producto, la contaminación transfronteriza (Opertti), los accidentes de tránsito, etc.), parece importante regular la responsabilidad extracontractual en general, como una categoría amplia, que le permita al aplicador del derecho calificar en ella una infinidad de relaciones jurídicas que le presenta a diario la realidad, y que resultaría imposible de prever y regular individualmente por el legislador. Esto sin perjuicio de extraer algunas de esas relaciones jurídicas del ámbito general, y regularlas como categorías autónomas, dándoles un tratamiento específico más adecuado a sus necesidades.

1290. Al analizar la evolución que ha experimentado el tratamiento de la responsabilidad extracontractual en la doctrina y en la jurisprudencia, se observa que el conflicto no es sólo entre certeza y flexibilidad, sino también entre neutralidad y orientación política (Pryles). Y resulta evidente que la tendencia general es hacia la flexibilidad y la orientación política. Y esto es así, como se ha visto, no sólo en los países del *common law*, sino también en los civilistas. Un ejemplo de ello es el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr.

1291. Ya en Edimburgo, en la Reunión del Instituto de Derecho Internacional de 1969, se entendió que debía mantenerse el principio de la *lex loci delicti*, pero que éste debía ser objeto de excepciones cuando el lugar del delito es puramente fortuito, o cuando el entorno social de las partes es diferente del entorno geográfico del delito (Kahn-Freund). Esta idea se ve reflejada en el art. 1 del Proyecto de Resolución elaborado en dicha oportunidad, que establece que "las obligaciones delictuales están en principio sometidas a la ley del lugar donde se cometió el delito", y en el art. 2, que aclara que "se considera que el delito fue cometido en el lugar con el cual la cuestión está más estrechamente ligada (...)". El art. 4, por su parte, establece que en ausencia de toda vinculación particular entre la cuestión y el lugar del delito, se aplica por excepción, "el derecho del lugar del entorno social de las partes y del hecho". Esta es una excepción al principio general del art. 1. Esta excepción contiene términos muy generales, como "vinculación particular" o significativa, o "entorno social", lo cual significa una concesión a la necesidad de flexi-

bilidad, sacrificando la previsibilidad de resultados. Es una fórmula que permite al juez gran libertad para determinar la ley aplicable en un caso dado. Formular reglas más concretas hubiera requerido tratar por separado los distintos tipos de delitos.

A continuación el art. 4 enumera, entre otros, los siguientes casos en que se puede aplicar un derecho diferente a aquél del lugar del delito: a) La responsabilidad que nace entre partes cuyo entorno social estaba, en el momento del delito, aislado del entorno geográfico donde ocurrió el delito. Ej.: la ley del pabellón, para delitos cometidos a bordo, en aguas territoriales extranjeras. b) La responsabilidad que nace entre partes ligadas por un vínculo social cuyo centro se encuentra en un país distinto al de comisión del delito. c) La responsabilidad que nace entre dos empresas con centros de dirección y control en el mismo país, por responsabilidad que surge de su actividad económica, así como para actos de concurrencia desleal cometidos en otro país, donde causen daño. Kahn-Freund afirma en los considerandos del Proyecto, que la sustitución de la ley del lugar del delito por otra, debía ser objeto de un estudio particular para cada tipo de delito (accidentes de circulación, de trabajo, difamación, etc.), y que esto excedería los límites de una Resolución general sobre la responsabilidad extracontractual.

1292. En el *X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional* (celebrado en Buenos Aires, del 9 al 11 de noviembre de 1989), se aprobaron recomendaciones que merecen ser consideradas: De *lege lata*, se recomendó tener en cuenta que la redacción de los TMDCI de 1889 (art. 38) y de 1940 (art. 43) no impide efectuar calificaciones autárquicas innovadoras respecto del "lugar donde el hecho se produjo", "contemplando, dentro del concepto señalado, no sólo el lugar donde se exterioriza la conducta sino también aquél donde se producen sus consecuencias". Esta interpretación refiere tanto a la ley aplicable como a la jurisdicción competente. Esta posición coincide con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al art. 5.3 de la Convención de Bruselas de 1968 (caso Bier). Opertti coincide con esta interpretación de los arts. 38 y 43 de los TMDCI de 1889 y 1940 respectivamente, afirmando que "al 'lugar donde se produjo (...)', podríamos convenir en asignarle un sentido similar al que le da la juris-

prudencia de la Corte Europea cuando interpreta el art. 5 de la Convención de Bruselas de 1968 (...); tal lugar sería tanto donde se produjo el factor o hecho generador del daño como el sitio en que se verificó el daño mismo".

De *lege ferenda*, se aprobaron las siguientes recomendaciones: 1) La reglamentación por separado, atendiendo a sus particularidades, de las cuestiones vinculadas con la responsabilidad del fabricante o por el producto, por el transporte por carretera y las violaciones a la propiedad intelectual, sin perjuicio de otras situaciones de similar especificidad. 2) La exclusión de las reglas generales sobre responsabilidad por hechos ilícitos de los casos en los que las partes se encuentren vinculadas en razón de una relación jurídica preexistente (como podrían ser el matrimonio, la filiación, la vinculación laboral, etc.). 3) La formulación de un mayor análisis en el tipo legal que permita contemplar las particularidades de naturaleza subjetiva que atiendan a las víctimas y a los autores del daño, con la finalidad de emplear en cada caso conexiones más significativas con miras a la justa composición de los intereses comprometidos. Igualmente la formulación de tipos legales que diferencien la determinación de la responsabilidad por una parte y de la reparación por la otra. 4) Se tenga en cuenta que la *lex fori* no constituye por sí misma conexión suficientemente atendible. Esto no prejuzga respecto de los casos en que coincide con una relación significativa. 5) Se mantenga como principio la aplicación de la *lex loci delicti*, con una calificación que tenga en consideración la importancia que en cada caso posea el lugar de exteriorización de la conducta, de producción del daño, o una combinación de éstas, sea por acumulación o alternatividad. 6) La flexibilización del principio anterior de modo que, en los casos que la ley del lugar de exteriorización de la conducta tenga sólo una relación fortuita, mecánica, con el hecho, se privilegien contactos más significativos. 7) Que la ley enuncie cuáles son estas otras vinculaciones significativas. 8) Se estudie el tema de la prejudicialidad del juzgamiento penal en los casos en que el proceso respectivo penda o haya concluido en foro extranjero.

Parecería de la mayor importancia que a la hora de estudiar este tema con miras a la elaboración de una regulación normativa, ya sea de fuente nacional o internacional, se tengan en cuenta las conclusiones y recomendaciones a las que se arribaron en ambos foros académicos.

II. El lugar de producción del hecho como determinante

1. La atracción del *locus* en materia de jurisdicción internacional y de derecho aplicable

1293. La solución tradicional de recurrir a la conexión "lugar de producción del hecho" ha tenido enorme éxito, tanto en materia de ley aplicable como de jurisdicción competente, constituyendo la base para la solución de ambas cuestiones en la mayoría de los sistemas jurídicos. Se la ha visto como un nexo natural que une a los actos con el orden jurídico del lugar en el que suceden. Por su parte, "el tribunal del lugar del delito es el juez natural" (Opertti, Fermé). Se ha argumentado a favor de esta conexión que es neutra, que resultaría apta para lograr cierto equilibrio entre los derechos de los individuos; que las consecuencias del hecho que da origen a la responsabilidad (particularmente en el caso de los delitos y cuasidelitos) interesan al Estado donde ocurren; que existe un interés público en proteger las expectativas de los individuos y la paz social, y que es una solución previsible por las partes (Fermé); también la certeza y simplicidad, y la uniformidad de resultados (Pryles). No obstante, la conexión *lex loci delicti* ha merecido numerosas críticas o matizaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

2. Avatares de la regla general

1294. Las críticas y matizaciones a la regla *lex loci delicti* se fundan, en su mayoría, en casos prácticos que demuestran los inconvenientes de esta solución tradicional, particularmente con relación a algunas materias, y fundamentalmente cuando se ha adoptado como conexión única. En los casos llamados "delitos a distancia", que son aquellos en que el hecho generador y el daño emergente de él ocurren en distintos Estados, la regla clásica no es fácil de aplicar, y en general tampoco resulta adecuada (Juenger). La dificultad radica fundamentalmente en determinar si la conexión del *locus delicti* refiere al lugar donde ocurre el hecho del que deriva un daño, o donde se produce esa consecuencia dañosa. Opertti sostiene que "si el hecho generador del daño se produce en un

Estado y el daño o perjuicio en otro, el hecho perfecciona en el segundo la calidad de ilícito, con independencia de gozar de ella *'ab initio'*".

1295. El caso *"Bier v. Mines de Potasse d'Alsace"* ilustra esta problemática en una situación de contaminación transfronteriza. La plantación *Bier*, situada en Holanda, y la fundación *Reinwater*, cuya finalidad es la promoción del mejoramiento de la calidad de las aguas de la cuenca del Rin, demandaron a la sociedad anónima francesa *"Mines de Potasse de Alsace"*, con sede en Francia, ante tribunales holandeses, la reparación de los daños causados a la plantación como consecuencia de la contaminación del Rin provocada por el vertimiento, por parte de la sociedad anónima francesa, de desechos industriales. Esta conducta no contravenía el derecho francés, pero sí el holandés. El tribunal de Rotterdam se declaró incompetente. Los cultivadores holandeses apelaron y el tribunal de alzada se dirigió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) para que interpretase la expresión "lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño" (art. 5.3 de la Convención de Bruselas de 1968, aplicable en el caso).

El TJCE interpretó la fórmula del art. 5.3 diciendo que cuando "el lugar donde se localiza el hecho susceptible de entrañar una responsabilidad delictual o cuasi delictual y el lugar donde ese hecho ha producido el daño no sean idénticos", la expresión del art. 5.3 "debe entenderse en el sentido de que hace alusión al lugar en donde el daño ha sobrevenido y al lugar del acontecimiento causal". Consagra la posibilidad de elección del actor. Las razones alegadas por el TJCE fueron, entre otras, que ambos contactos son significativos, que debe haber daño para que haya responsabilidad delictual o cuasidelictual, y que una elección excluyente sería inconveniente, por la diversidad de hipótesis que comprende el art. 5.3. Juenger ha afirmado que esta interpretación es más teleológica que legalista. Con la finalidad de que la víctima pudiera reivindicar sus derechos en forma más efectiva, se le concedió la facultad de elegir el foro.

Resulta plenamente compartible esta afirmación. La Convención opta por una fórmula clarísima, que atribuye competencia a los tribunales "del lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño" (Francia, lugar donde se arrojaron los desechos), y no a los del lugar donde se ha producido ese daño (Holanda, donde se arruinaron las cosechas). El TJCE, al

efectuar esa interpretación teleológica, y más allá de que resulte compartible o no dicha solución, resolvió el caso, ya que los tribunales holandeses aplicaron su propio derecho, que resultaba más favorable a los actores ("*favor laesi*"). Poder demandar en Rotterdam implicaba importantes ventajas para los cultivadores holandeses, frente a la posibilidad de litigar en Francia. Éstas consistían, fundamentalmente, en que el demandado tendría que comparecer ante un tribunal extranjero, utilizando un idioma y un procedimiento extranjero; que en virtud del "*homing trend*", el tribunal probablemente aplicaría su propio derecho, que les resultaba favorable; y que por razones extrajurídicas como eran las características geográficas y ecológicas del problema, probablemente obtendrían el "*favor judicis*" (Juenger).

Si bien es indudable la razonabilidad de tener en cuenta la ley del lugar del hecho, sobre todo a efectos de juzgar su legalidad, no lo es menos la ley del lugar donde se producen los efectos dañosos derivados de ese hecho, ya que sin daño, no se materializa la responsabilidad aquiliana (Juenger). Esta idea fue recogida en la citada sentencia del TJCE: "(...) una responsabilidad delictual o cuasidelictual no puede ser considerada más que a condición de que pueda ser establecido un nexo causal entre el daño y el hecho del que deriva el daño". Desde este punto de vista, parece lógico otorgar competencia legislativa a la ley del lugar donde ocurren los efectos del acto dañino.

1296. Existen varias soluciones posibles para esta situación, pero todas tienen inconvenientes: si se opta por la ley del lugar del acto, podrían llegar a ampararse acciones de contaminación transfronteriza dolosas en países con una legislación permisiva en materia ecológica, en perjuicio de quienes sufren los daños derivados de esa acción, que resulta lícita en el Estado donde se comete. El caso "*Bier*" constituye un ejemplo ilustrativo, ya que precisamente la legislación francesa permitía que se vertieran ese tipo de desechos al Rin, mientras que la ley holandesa lo prohibía. Si se opta por la ley del lugar donde se produce el daño, puede ocurrir que la conexión resulte inaplicable, porque exista una pluralidad de Estados en donde se produzca el efecto dañoso. Un ejemplo lo constituye el caso de difamación en la revista *Newsweek* donde el daño se materializa en todos aquellos Estados donde se vende la revista. Ade-

más, si como consecuencia del mismo hecho, por ejemplo en un caso de contaminación transfronteriza como "*Bier*", sufrieran daños idénticos cultivadores de tres países ribereños del Rin, de aplicarse la ley del lugar del daño, recibirían indemnizaciones distintas debido a la diversidad de leyes en cada uno de esos países (Juenger).

Se ha propuesto optar por una solución acumulativa, pero la posibilidad de aplicar acumulativamente ambas leyes (la del lugar del acto y la del lugar del daño) no parece deseable. Cada sistema organiza desde su punto de vista el equilibrio entre los derechos de ambas partes; pretender respetar acumulativamente dos sistemas diferentes implicaría complicaciones injustificadas (Batiffol). La solución acumulativa, además, favorece al autor del ilícito, ya que requiere que ambas leyes coincidan en la calificación de ilicitud, e implica que un mismo hecho jurídico sea regulado por dos leyes diferentes (Opertti). También se ha propuesto optar por la aplicación alternativa de una u otra ley, según cuál sea la más favorable a la víctima, a elección del actor, o del juez, lo cual implica favorecer *a priori* a la víctima. No es deseable que los derechos de las partes dependan de la elección unilateral de una de ellas (Batiffol). Sostiene Opertti que en materia de jurisdicción el criterio de la opción tiene una recepción menos discutible, y cita en este sentido el caso "*Bier*".

Ballarino afirma que la competencia reconocida al *forum delicti commissi* presenta la ventaja de evitar a la víctima un desplazamiento lejano y costoso hasta el domicilio del demandado. Y concluye más adelante, coincidiendo con Bourel, en que bajo el ángulo de la protección de la víctima, la solución no puede ser unitaria, y que tanto el acto generador como el daño tienen, desde este punto de vista, el mismo valor de localización del tribunal competente.

1297. Las dificultades anotadas para todas las soluciones propuestas ha hecho polemizar a la doctrina sobre si son mejores las soluciones flexibles o las rígidas. En España algunos se inclinan por la solución flexible, entendiendo que corresponde a los jueces elegir en el caso concreto qué se entiende por "lugar donde hubiere ocurrido el hecho", teniendo en cuenta que a medida que "nos alejamos del modelo de la responsabilidad por culpa y nos adentramos en el de responsabilidad objetiva, gana relevancia el lugar en que se manifiesta el daño, que muchas veces ha-

brá de ser aprehendido en función del desequilibrio que hay que compensar" (Pérez Vera). No obstante, tal solución flexible implica una gran inseguridad y la imposibilidad de establecer previamente en forma clara cuáles serían los derechos y las obligaciones emergentes de cada posible situación.

Sin embargo, optar por una solución única y rígida puede conducir a resultados injustos. Un ejemplo de solución única lo constituye el caso *"Interprovincial Cooperatives Ltd. v. The Queen"* (1975), en el cual el tribunal canadiense sostuvo que "el hecho ilícito de contaminar negligente o intencionalmente una corriente de agua, es cometido donde el producto contaminante fue vertido y no donde se sufrió el daño". Si se hubiera adoptado este criterio en el caso *"Bier"*, las víctimas no habrían podido obtener indemnización por el daño sufrido, lo cual hubiera sido un resultado injusto.

1298. La jurisprudencia internacional reciente parece indicar que el problema de la determinación de la ley y de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad extracontractual sigue estando lejos de una solución pacífica y uniforme. En el caso *"Marinari v. Lloyds Bank Plc"* (fallo del TJCE de 19 de setiembre de 1995) el actor, domiciliado en Italia, había adquirido un lote de pagarés (*promissory notes*) emitidos por una empresa de Filipinas en favor de una empresa de Beirut, cuyo valor de cambio era de 752 millones de dólares. Cuando los presentó en el Lloyds Bank de Manchester, el banco llamó a la policía y sus pagarés fueron confiscados. El proceso penal en Inglaterra contra Marinari terminó en su absolución, pero no en la devolución de los pagarés. Marinari entabló una demanda por responsabilidad extracontractual contra el Lloyds Bank, ante los tribunales italianos, reclamando como daños el valor de los pagarés confiscados, y fundando la jurisdicción en el art. 5.3 de la Convención de Bruselas de 1968.

La interpretación dada al art. 5.3 por el TJCE en el caso *"Bier"*, permitía a Marinari entablar la acción en el lugar donde había ocurrido el daño, o donde se había realizado el acto que dio origen al daño. El actor argumentó que la pérdida financiera por la que reclamaba había tenido lugar en Italia, como resultado de una conducta acaecida en Inglaterra. Pero como señala Briggs, ya se había recorrido un largo camino

desde "*Bier*", y el TJCE sostuvo que era necesario darle una interpretación restringida al art. 5.3, reflejando la expectativa de una conexión estrecha entre los hechos del caso y el tribunal elegido. Entendió que el daño relevante había ocurrido en Inglaterra, donde los pagarés habían sido confiscados, y que Marinari no podía accionar ante tribunales italianos, ya que éstos carecían de jurisdicción, a pesar de que el actor tenía su domicilio y llevaba sus libros en Italia, y allí también había sufrido y soportado el daño. El resultado en este caso parece estar dirigido a impedir que los actores invoquen el art. 5.3 para demandar, como rutina, ante sus propios tribunales, invocando el argumento de que sufrieron los daños en sus domicilios. Esto pudo haber sido así, pero no significa que el hecho del que emergió ese daño haya ocurrido también ahí. Resulta por lo tanto compartible la conclusión de Briggs a partir de este cambio en la interpretación del art. 5.3 por el TJCE: "vienen tiempos inciertos".

Poco tiempo antes, el 7 de marzo de 1995, el mismo TJCE se había enfrentado a la dificultad de aplicar la doctrina "*Bier*" a un caso de difamación a través de la prensa, en el caso *"Fiona Shevill"*. Se trataba de una revista publicada en un país y que se difundía en varios, entre ellos el del domicilio de la presunta víctima del daño. Lógicamente, ésta presentó la demanda en ese país, acogiéndose a la doctrina "*Bier*". Sin embargo, si bien el TJCE tuvo que admitir que también se trataba de un caso de "daños disociados", decidió que en casos como este, el demandante puede demandar al editor de la publicación por la totalidad de los daños causados sólo en el domicilio o establecimiento de éste, mientras que las otras jurisdicciones (las de cada país de difusión) sólo son competentes para decidir sobre los daños causados allí. Como puede verse, la solución deja mucho que desear ya que, entre otras cosas, termina identificando el foro especial como el foro del domicilio del demandado, quitándole sentido al primero, y se basa en que el hecho generador del daño es la edición cuando bien podría considerarse que es la difusión (Crespo Hernández).

1299. Otra crítica a la solución tradicional, ahora desde el punto de vista de la ley aplicable, es decir de la *lex loci delicti*, refiere a que aun fuera de la hipótesis del delito a distancia (que puede ser excepcional), no siempre es fácil o posible determinar dónde se realiza el hecho o ac-

to generador del daño, y el daño emergente del mismo (Goldschmidt, Fermé). Son muchos los casos que ilustran las dificultades que se plantean con relación a la regla *lex loci delicti comissi*. Juenger ha invocado el caso "*Eastern Airlines v. Union Trust Co.*", para mostrar lo inadecuado de esta solución clásica en algunos casos, en que resulta materialmente imposible determinar el *locus delicti*. Un avión de *Eastern Airlines* que salió del Aeropuesto Nacional de Washington, en el Estado de Virginia, chocó con un avión militar boliviano y se fragmentó de tal manera que un segmento cayó en el río Potomac (Distrito Federal), mientras que la parte posterior quedó en Virginia. Ni siquiera pudo determinarse el lugar exacto de la colisión aérea, y en consecuencia, el *locus delicti*. Pero aun en el supuesto de que esto hubiera sido posible, es cuestionable la solución de aplicar un derecho que no tiene ninguna conexión con los hechos, salvo la circunstancia enteramente fortuita de que el avión haya caído dentro de ese Estado.

Se ha dicho que los accidentes como el caso citado de la *Eastern Airlines* también son excepcionales, pero los autores que critican la solución de la *lex loci* han hecho notar que aun cuando un accidente suceda claramente en un país, ello puede ser un hecho absolutamente fortuito y ajeno a las circunstancias de vida tanto de la víctima como del victimario. Los mismos argumentos son aplicables a los casos de accidentes carreteros. En éstos, al igual que en los casos de accidentes aéreos, el lugar donde se produce el accidente es con frecuencia fortuito y ajeno al medio socioeconómico de las partes. La solución consagrada en el art. 2 del Convenio bilateral entre Argentina y Uruguay sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito y en el art. 3 del Protocolo de San Luis, constituye un avance en este sentido, porque plantea una solución alternativa frente a la regla clásica, que tiene en cuenta el contexto socioeconómico al que pertenecen las partes que participaren o resultaren afectadas en el accidente, al adoptar como conexión el domicilio común de las partes.

1300. Los críticos de la solución clásica han dicho que su carácter mecánico "no corresponde hoy día al verdadero centro de gravedad de los diversos intereses puestos en juego" (Fermé). La doctrina estadounidense en particular ha criticado la solución clásica, afirmando que la aplica-

ción mecánica de la regla *lex loci delicti*, puede resultar inconveniente cuando más de un Estado tienen una relación significativa con el hecho o con otros aspectos del caso. Scoles & Hay ejemplifican esta situación afirmando que, cuando un tribunal del Estado del domicilio de la víctima se enfrenta a una limitación de responsabilidad por daños en la ley del Estado donde ocurrió el hecho dañoso, ese hecho no es necesariamente el factor más significativo.

También desde una posición crítica, Pierre Bourel afirma que la responsabilidad civil extracontractual no puede seguir siendo tratada como una categoría homogénea; y que si bien todavía subsiste la antigua regla de la *lex loci delicti commissi*, su aplicación no es ni general ni exclusiva, y que con frecuencia ella es dejada de lado en beneficio de otras conexiones. Esa evolución es el precio de la fuerza de expansión de la noción de obligación delictual, expansión que no puede satisfacerse con la abstracción y con la rigidez de la regla clásica. La ley única, indiferente a la variedad de situaciones concretas, se sustituye (o tiende a sustituirse) por leyes aplicables a cada delito específico.

3. Otras soluciones

A) La *lex fori*

1301. Esta solución, defendida entre otros por Savigny, se funda en la inadmisibilidad de que el "juez califique como delitos, hechos a los que la ley del lugar donde se entabla la acción no les asigne ese carácter, o juzgue sobre las consecuencias de un delito si no tiene en cuenta su propia ley" (Fermé). En el caso de un acto ilícito perpetrado fuera de su territorio, su concepción del orden público puede imponer limitaciones a la aplicación de la *lex loci delicti* y que es posible que, en casos extremos de hechos que la *lex fori* no considere ilícitos, ello lleve hasta su total inaplicabilidad (Miaja de la Muela). Story, que no analizó el problema genéricamente sino que apenas hizo referencia en su obra al tema de los "hechos ilícitos cometidos en alta mar y otros lugares extraterritoriales", sostuvo que en ausencia de una doctrina contraria, cada país debería aplicar sus propias leyes (Juenger). Se le ha atribuido a esta solución la ventaja práctica de la coincidencia entre la *lex causae* y la *lex fori* (Fermé).

1302. No obstante, la solución de la *lex fori* es criticable, y parece oportuno referirse aquí a los términos en que lo hizo la Corte de Casación (máximo tribunal de Francia) en el caso "*Lautour c. Guiraud*" (1948), reprochándole desconocer los fundamentos mismos del DIPr moderno, señalando que deducir las normas de conflicto de las normas de jurisdicción es negar la especificidad de sus funciones respectivas. En definitiva, esta solución es difícilmente defendible, primero porque solucionaría el problema de la ley aplicable, pero no el de la jurisdicción competente. Por ello, la aplicación de la *lex fori* conduce a una falta total de uniformidad de resultados, lo cual alienta el "*forum shopping*", e implica dejar de lado los intereses de otros Estados (Pryles). Y además esto nos llevaría a una situación de absoluta inseguridad previa respecto a los derechos y las obligaciones de los interesados.

B) Ley del domicilio común de las partes

1303. Esta variante, que consiste en aplicar el derecho del domicilio común del autor del hecho y del damnificado por éste, tiene ciertamente algunas ventajas importantes. Al estar las dos partes domiciliadas en el mismo Estado, éste constituye el contexto social común a ambas, y su derecho estaría tomando en cuenta los intereses de ambas. Otra ventaja sería que habría una coincidencia entre este derecho común y la *lex fori* (Boggiano). El domicilio común de las partes constituye un elemento decisivo para la localización del delito, para determinar el centro de gravedad de la situación litigiosa; este elemento inclina con frecuencia la balanza a favor de una ley que no es la del lugar del accidente (Bourel). Este criterio ha sido adoptado por el Convenio bilateral entre Argentina y Uruguay sobre accidentes de tránsito, en el caso en que el accidente se produzca en un Estado parte pero participen o resulten afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado parte. Soluciones similares encontramos en la ley polaca y alemana, entre otras.

C) Ley del domicilio del damnificado

1304. Sucede, no obstante, que la solución del domicilio común puede ser inaplicable por la sencilla razón de que las partes pueden no tener

el mismo domicilio. En ese caso se ha propuesto hacer aplicable la ley del domicilio de la víctima. Ciuro Caldani afirma que mientras la responsabilidad estuvo íntimamente vinculada a la culpabilidad, era relativamente acertado que el DIPr la sometiera al derecho del lugar en que sucede el ilícito, pero que a medida que la indemnización cobra jerarquía propia cabe advertir que el derecho invocado para establecer su alcance ha de ser el que expresa mejor la personalidad del damnificado, o sea el de su domicilio. Y agrega: "el despliegue fáctico sucede en el 'lugar del ilícito' y es el derecho de este lugar el que debe establecer si hubo tal ilícito, en sentido fáctico, y el deber de indemnizar básico; pero el ilícito sucede en última instancia en la persona del damnificado y en su asiento domiciliario y ha de ser este derecho el que regule el alcance de la indemnización". Crespo Hernández propone también que el domicilio de la víctima constituya un foro de jurisdicción en los casos de daños a través de la prensa.

1305. Estas soluciones también pueden ser criticables o llevar a resultados absurdos. Una persona que tiene un accidente en territorio de un Estado, podría encontrarse con que las diversas víctimas tienen derechos diversos según su domicilio. Desde el punto de vista de quien causó el daño, además, podría encontrarse con que su acción es ilegal o no y da lugar a responsabilidad o no, según el hecho absolutamente fortuito y variable de todos los domicilios posibles de todas las hipotéticas víctimas posibles. Todo ello derivaría en una situación de inseguridad y falta de garantías mínimas que resultaría inaceptable y difícilmente manejable.

D) *The proper law of the tort*

1306. Las dificultades planteadas por las soluciones clásicas con puntos de conexión rígidos ha sido criticada y resistida por los angloamericanos. La solución clásica de la *lex loci delicti*, consagrada por obra de Beale en el primer *Restatement of Conflict of Laws* (1934), cuya Sección 377 establecía: "el lugar del ilícito está en el Estado donde tuvo lugar el último evento necesario para hacer a alguien responsable por el daño invocado", fue dejada de lado en la práctica por la jurisprudencia y por la doctrina estadounidenses. Los "realistas jurídicos" como Cavers, Cook,

Lorenzen, Yntema, exigieron la sustitución de la regla clásica por nuevos enfoques más acordes con las inquietudes sociales y políticas (Juenger). En 1951 aparece en la *Harvard Law Review*, vol. 64, el famoso trabajo del profesor inglés Morris: *"The proper law of a tort"*. Morris afirma que la *lex loci delicti* es a menudo fortuita, y que es necesario determinar el "*proper law*", teniendo en cuenta el centro de gravedad de la situación y aquel derecho con el cual ésta tiene contactos más significativos ("*most significant contacts*").

1307. La Suprema Corte de los Estados Unidos, que había aceptado la regla clásica como un axioma, dio amplio margen de discreción a los Estados de la Unión en cuanto a las reglas conflictuales que adoptaran sus tribunales, autorizándolos a aplicar su *lex fori* siempre que el foro tuviera interés en ello. Sin embargo, antes de 1963 ninguna corte estatal había rechazado la regla de la *lex loci delicti*, la cual seguía siendo principio general, aunque muchas veces era atenuada mediante "*escape devices*" tales como el reenvío, la calificación o la cuestión previa. En 1961, la Suprema Corte de Nueva York puso en duda la validez de la regla, pero no llegó a rechazarla, en el caso "*Kilberg v. North East Airlines*", fallando que la regla *lex loci delicti* era aplicable al caso (accidente aéreo en Massachusets), aunque evitando la limitación de responsabilidad impuesta por la ley del lugar del hecho (U$D 15.000 por muerto), invocando el orden público neoyorkino.

Fue recién en 1963, en el famosísimo caso "*Babcock v. Jackson*" (transporte benévolo Nueva York-Ontario-Nueva York, accidente en Ontario), que el Ministro Fuld propone abandonar la regla tradicional del primer *Restatement* (*lex loci delicti*). De haberse aplicado la regla de la *lex loci delicti*, el conductor del auto hubiera resultado eximido de responsabilidad, ya que a la fecha del accidente estaba vigente en Ontario una ley sobre transporte benévolo que así lo disponía. En Nueva York en cambio no existía tal disposición. El demandado pretendía la aplicación de la norma de Ontario (*lex loci delicti*), lo cual fue aceptado en primera y en segunda instancia. Pero en tercera instancia la Corte de Nueva York resolvió aplicar la ley de Nueva York, otorgando así indemnización a la víctima. Se adopta la doctrina del centro de gravedad, que se inclina por la ley del lugar que tiene una relación más significativa con

el objeto del litigio, solución que fue luego incorporada al segundo *Restatement*, de 1971, Sección 145.

Afirma Juenger que "los jueces que usan este método buscan la ley más idónea a través de un agrupamiento de varios puntos de contacto". Agrega que al tratarse de fórmulas amorfas, "otorgan al juez una discreción bastante amplia, utilizable para localizar la relación jurídica en aquel Estado cuya ley él prefiera. Con gran frecuencia ésta será la *lex fori*, porque las disposiciones competenciales usualmente ya presuponen que el caso tiene una conexión suficiente con el foro". En este caso se entendió que los contactos más significativos eran el domicilio de las partes, el lugar de matrícula del auto, la ubicación del garaje donde éste se guardaba, el lugar donde estaba asegurado, y el punto de partida y de destino, todos ellos con el Estado de Nueva York. Sólo la circunstancia fortuita del accidente había ocurrido en Ontario.

Fuld se basa en el argumento teleológico de que la regla tradicional podía "llevar a resultados injustos y anormales", y que el interés del Estado de Nueva York era más importante y directo. Se trataba, según la teoría de Currie del "análisis de intereses", de un "falso conflicto", ya que estando ambas partes domiciliadas en el Estado del foro –Nueva York–, sólo éste estaba interesado en aplicar sus leyes (Reese, Rosemberg, Juenger). Juenger afirma que Fuld se basa en una mezcla de dos enfoques irreconciliables: por un lado "un bilateralismo flexible, que utiliza como factor de conexión la fórmula abierta de la 'relación más significativa', y por otro, el método unilateralista propuesto por Currie del 'análisis de intereses', que no es más que una justificación complicada del forismo".

En 1969, en el caso "*Tooker v. López*", donde dos jóvenes neoyorkinas que estudiaban en Michigan sufren un accidente automovilístico en Detroit, la corte de Nueva York se inclinó en favor del "análisis de intereses", aunque la jurisprudencia de la Corte osciló luego, en casos posteriores, entre la solución bilateralista y la unilateralista. La jurisprudencia de California, en cambio, menos vacilante que la de Nueva York, nunca aceptó el criterio de la "relación más significativa", optando en general, aunque con alguna excepción, por el "análisis de intereses" (Juenger).

1308. La "revolución conflictual" también ha merecido críticas. Afirma Pryles que los enfoques norteamericanos contemporáneos sacrifican

los objetivos tradicionales del DIPr, tales como la certeza, la uniformidad y la cohesión e integración internacional. Juenger ha señalado que la "revolución conflictual" en los Estados Unidos ha sido un fracaso porque ha conducido a la incertidumbre total:

> "(...) la incertidumbre que reina exige altos gastos sociales. Los abogados no pueden dar consejos definitivos a sus clientes; la inseguridad jurídica alienta los litigios, fomenta apelaciones y disminuye la posibilidad de arreglos amistosos entre las partes. A fin de cuentas, a la sociedad y a los litigantes les resultan más costosos y prolongados los métodos flexibles que la vieja regla rígida de la *lex loci delicti*".

No obstante, le reconoce como mérito el haber demostrado que existen alternativas a la doctrina clásica, antes considerada como axioma, y el haber introducido un aspecto desatendido por la doctrina clásica, como es el papel de la justicia material en el DIPr.

Batiffol señala que este tipo de fórmula elimina toda previsibilidad y alienta el *forum shopping*. La falta de previsibilidad constituye un defecto innegable del sistema del *proper law*. Constituye un precio demasiado alto a pagar para lograr evitar los inconvenientes de la regla clásica, y además innecesario, ya que existen otras formas de evitar los inconvenientes de una aplicación rígida de la *lex loci delicti*, las cuales se analizan más adelante. Reconoce Juenger que la solución del segundo *Restatement* de la "relación más significativa" es vaga, resulta difícil de aplicar para los jueces y proporciona muy poca previsibilidad de resultados. Con respecto al *forum shopping*, en cambio, no es unánimemente admitido que constituya un defecto del sistema. Juenger sostiene al respecto que el caso "*Bier*" demuestra que el *forum shopping* no es necesariamente una anomalía, ni constituye en todos los casos una facultad abusiva, sino que en este caso tuvo por función proteger a la víctima y a la ecología. En el mismo sentido, Crespo Hernández justifica su propuesta del foro de la víctima diciendo que en todo caso provocaría un "*forum shopping* justo".

E) Norma alternativa

1309. Juenger afirma que los puntos de conexión tradicionales –lugar del hecho, lugar del efecto y domicilio de las partes– tienen inconvenien-

tes si se los usa de manera exclusiva. Propone entonces, citando a Alfonsín, incorporarlos en una norma alternativa. En este mismo sentido, Pryles sostiene que "una norma general de derecho aplicable basada en un único punto de conexión probablemente llevará a resultados insatisfactorios en casos particulares". Alfonsín por su parte afirmaba que "la norma alternativa presupone que funcionará el que favorezca a la persona o al negocio de que se trate (*favor personae*, *favor negoti*)", lo cual respecto de la categoría que nos ocupa significa aplicar el derecho más favorable a la víctima (*favor laesi*). Si bien Juenger reconoce que esta solución resuelve de manera sencilla el problema de los delitos a distancia, afirma que "una solución que recurre al *favor laesi* no siempre es la mejor", y que "sería preferible adoptar un criterio más neutral, porque es cierto que algunas normas materiales favorecen indebidamente a la víctima, como por ejemplo, los 'daños punitivos' (...) concedidos por el derecho estadounidense".

Juenger hace referencia al caso del accidente producido en California al chocar un automóvil Ford Pinto. En esa oportunidad, explotó el tanque de nafta, debido a que la empresa Ford había omitido instalar en los modelos "Pinto" una protección adecuada al tanque de nafta, ahorrando U$D12 por unidad. La empresa Ford fue condenada a pagar 126 millones de dólares por daños punitivos, dado que esa era la cifra total que había ahorrado la compañía. Concluye Juenger sosteniendo que parecería aconsejable sustituir el *favor laesi* por el criterio de Aldrico de la *lex potior et utilior*, proponiendo un enfoque teleológico, que trate de satisfacer valores sustantivos, y afirmando que después de siglos de experimentación con teorías unilateralistas y bilateralistas que han puesto de manifiesto sus deficiencias, es menester considerar esta alternativa.

F) Otras propuestas flexibles

1310. Fermé sostiene que la tendencia actual es dejar de lado los criterios de elección puramente formales, indiferentes a los resultados a los que conduce la ley así elegida. Uzal propone que la determinación del derecho aplicable a la categoría que nos ocupa "contemple la necesaria armonización y equilibrio entre los intereses individuales y el interés común". Boggiano es partidario de una metodología de elección material-

mente orientada. Esta tendencia se ha concretado en el sistema interamericano, aunque en un ámbito mucho más general que el de la responsabilidad extracontractual, como es el de la aplicación armónica de las distintas leyes competentes para regular distintos aspectos de una misma relación jurídica, en el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales, al introducir la consideración de las finalidades perseguidas por las normas, y la equidad en el caso concreto.

1311. Bourel y Kahn-Freund propician determinar el verdadero contexto social y económico del caso. Así por ejemplo, en el caso "*Sastre c/ Bibiloni*", sería Argentina, y no Uruguay (*lex loci delicti*); en "*Babcock v. Jackson*", sería Nueva York, y no Ontario (*lex loci delicti*). Esta posición ha sido recogida en el Convenio bilateral entre Uruguay y Argentina sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, particularmente en el art. 2.2, que establece que "si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último". Significa que cuando el contexto socioeconómico del caso es distinto de aquél del Estado donde se produce el hecho, se deja de lado la regla clásica –adoptada como principio general en el inciso 1 del mismo art. 2– y se aplica la ley del Estado donde se ubica dicho contexto.

1312. Herbert se plantea la posibilidad de conciliar los dos criterios básicos: el conflictualismo clásico, con la regla tradicional de la *lex loci delicti*, aunque admitiendo ciertas excepciones, y la flexibilización metodológica basada en el criterio angloamericano de la "*proper law of the tort*" y "en la imposibilidad de fijar reglas precisas introduciendo criterios valorativos incidentes en la interpretación de las soluciones pretendidas y dejando en manos del juez una amplia laxitud de apreciación". Continúa Herbert su razonamiento afirmando que deberían distinguirse:

> "a) el aspecto relacionado con la conexión propiamente dicha, la determinación de cuáles son los aspectos que en mayor o menor medida deben tenerse en cuenta para localizar jurídicamente el hecho, pero manteniendo un criterio objetivo en lo que respecta a los derechos en juego y en especial a la igualdad de las partes (esto importa también ne-

cesariamente una tarea de valoración y un importante margen de apreciación al decisor), y b) el aspecto relacionado con la adopción de criterios axiológicos puros, cuestión que introduce un elemento de política sustantiva en la norma de conflicto".

Y concluye sosteniendo que:

"(...) nada impediría que se adoptase una norma alternativa (por ejemplo, con tres puntos de conexión, como el lugar del hecho, el lugar de los efectos y el del domicilio de las partes), orientando el criterio de elección con un criterio teleológico sustantivo (como por ejemplo, el criterio *favor laesi* o el *lex potior et utilior* de Aldricus) lo que implica la delegación de amplias facultades al juez".

III. Reglamentación convencional "universal"

1. Ámbito "universal" en general

1313. Son varios los textos internacionales que recogen normas de DIPr referidas a responsabilidad extracontractual. Entre ellos encontramos algunos que al socaire de la reglamentación material de cuestiones relativas a la responsabilidad por daños al medioambiente o derivada de la utilización de medios de transporte, incorporan normas de jurisdicción y/o de derecho aplicable, en general basadas en la regla clásica.

Entre otros, cabe mencionar la Convención de París sobre responsabilidad en materia nuclear (1960), la Convención de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969), la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje (1952), la Convención de Roma sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (1952), etc. Cabe consignar que, en la medida en que estas reglas tienen carácter especial, desplazarían la aplicación de normas contenidas en convenciones "generales", de acuerdo con el criterio tradicional recogido en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (1969).

2. Las obligaciones extracontractuales en la Conferencia de La Haya

A) Convención de La Haya sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera (1971)

1314. La Convención limita su ámbito de aplicación a la responsabilidad civil no contractual emergente de accidentes de circulación por carretera. No regula la competencia jurisdiccional internacional. El art. 1 define en forma autárquica lo que se entiende por accidente de circulación por carretera: "todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo". El art. 2 enumera las exclusiones expresas del ámbito de aplicación de la Convención: responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de vehículos, del propietario de la vía de circulación, de los terceros, etcétera.

1315. Con respecto a la ley aplicable, la Convención de La Haya de 1971 sigue las tendencias señaladas más arriba, estableciendo como regla general la aplicación de la ley "interna" (excluyendo así la posibilidad de reenvío) del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (art. 3), pero flexibilizándola en los casos en que el accidente tiene un vínculo mayor con otro orden jurídico. En estas hipótesis se opta por soluciones de excepción en materia de ley aplicable: la ley de la matrícula del vehículo, cuando en el accidente intervenga un solo vehículo matriculado en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente; cuando intervienen varios vehículos pero todos matriculados en el mismo Estado, etc. (art. 4). De todas formas siempre deben tenerse en cuenta las normas sobre circulación y seguridad vigentes en el lugar y momento en que se produjo el accidente (art. 7).

B) Convención de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad derivada de los productos (1973)

1316. La Convención determina la ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes y otras personas vinculadas a la cadena de fabrica-

ción, distribución y comercialización (proveedores, distribuidores, agentes o empleados, etc.), por los daños causados por un producto. No regula la competencia jurisdiccional internacional. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la Convención las hipótesis en que existe un vínculo contractual entre la víctima y el responsable (arts. 1 y 3). Define en forma autárquica los términos "producto", "daño" y "persona" (art. 2).

1317. Si bien la Convención parte de la regla clásica de la *lex loci delicti commissi*, introduce ajustes tendentes a equilibrar los intereses entre la víctima del daño y el responsable de éste, teniendo en cuenta además los criterios de la previsibilidad del mercado donde los productos del fabricante demandado serán comercializados, y las normas de seguridad de fabricación y comercialización del Estado de fabricación y de distribución (Pérez Vera). Se busca alcanzar los referidos ajustes a través de conexiones acumulativas o método de agrupación de las conexiones. Así, el art. 4 establece que se aplicará la ley "interna" (excluyendo así la posibilidad de reenvío) del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño (que puede no coincidir con el lugar de ocurrencia del hecho generador de dicho daño), pero sólo cuando en ese Estado ocurra, en forma acumulativa, alguna de las tres circunstancias siguientes: que allí resida habitualmente la víctima, tenga su establecimiento principal el imputado, o la víctima haya adquirido el producto.

No obstante, la ley aplicable será la del Estado de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada cuando allí se realice también una de las siguientes conexiones: tenga su establecimiento principal el imputado, o haya sigo adquirido el producto por la víctima (art. 5). A través de estas normas acumulativas se busca adecuar la regla rígida de la *lex loci delicti commissi*, que establece una conexión que puede ser fortuita, buscando una localización más efectiva de la responsabilidad.

Para los casos en que no se pueda determinar el derecho aplicable en función de los artículos 4 y 5, el art. 6 establece que se aplicará, a opción del actor, el derecho interno del Estado donde el imputado tenga su establecimiento principal, o el del Estado donde se produjo el daño. Esta norma busca favorecer a la persona que ha sufrido los daños, permitiéndole optar por el derecho que sea más favorable a sus intereses. Pe-

ro a continuación el art. 7 establece que no será aplicable el derecho del Estado donde se produjo el daño ni el de la residencia habitual de la víctima, si el imputado demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto habría de comercializarse en el Estado de que se trate. Esta norma busca "equilibrar los intereses en juego protegiendo a la persona demandada contra la aplicación de un derecho de irrazonable previsibilidad" (Boggiano).

1318. Si bien ninguno de los Estados miembros del MERCOSUR es parte de la Convención de La Haya, en virtud de ésta podría resultar aplicable el derecho interno de alguno de ellos. Y esto resulta fundamentalmente de lo dispuesto por el art. 11, según el cual la Convención se aplicará incluso cuando la ley aplicable no sea la de un Estado contratante. Sería la hipótesis, por ejemplo, de un fabricante con su establecimiento principal en Francia (Estado parte de la Convención), cuyos productos fueran comercializados en el MERCOSUR, y que uno de éstos causara un daño en Uruguay a una persona con residencia habitual en Uruguay: resultaría aplicable la ley interna uruguaya, en virtud del art. 4.a, aunque Uruguay no es parte de la Convención, e "independientemente de la jurisdicción o de la autoridad que haya de conocer del litigio" (art. 1 *in fine*).

IV. Dimensión convencional americana

1. Tratados de Montevideo

1319. El art. 38 del TMDCI de 1889 refiere a "las obligaciones que nacen sin convención", dando a la categoría un alcance extensivo amplísimo. El art. 43 del Tratado de 1940 mantiene la categoría en los mismos términos, aunque distingue en su disposición el caso de las obligaciones puramente legales, al referir a las relaciones jurídicas a que responden las obligaciones que nacen sin convención (es el caso por ejemplo de las obligaciones alimentarias). Esta distinción que el Tratado de 1940 introduce a texto expreso, en el ámbito del Tratado de 1889 debe ser efectuada por el intérprete al calificar la relación jurídica de que

se trate, y teniendo en cuenta el cuadro de categorías que le proporciona el referido sistema.

1320. En los arts. 38 y 43 respectivamente, los TMDCI, siguiendo la solución tradicional, rigen las obligaciones que nacen sin convención por la "ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden". El art. 43 del Tratado de 1940, en su parte final, distingue a texto expreso el caso de las obligaciones puramente legales, las cuales se rigen "por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden". Afirma Boggiano, en un planteo totalmente compartible, que "cuando el acto ilícito se presenta en el marco de otras relaciones jurídicas preexistentes entre las partes, parece atinado someterlo al derecho que rige la relación preexistente". Agrega que "es frecuente incluso el planteamiento de pretensiones concurrentes, fundadas en la responsabilidad contractual y delictual. Ello ocurre en materia de transportes, trabajo, venta y mandato, aunque se puede presentar también en el derecho de familia y de las sociedades". Y concluye afirmando que "el contexto jurídico del acto ilícito es, entonces, el mismo que rige la relación preexistente", que el acto se conecta esencialmente con el derecho propio de aquella relación, y que "esta conexión es más estrecha que la *lex loci actus* y que la misma *lex communis*".

1321. El art. 56 de ambos Tratados atribuye competencia a los "jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio", o sea los del Estado donde se produjo el hecho lícito o ilícito (arts. 38 y 43, respectivamente). El inc. 2 da la opción al actor de entablar la acción ante los jueces del domicilio del demandado. El inc. 3 del art. 56 del Tratado de 1940 permite la prórroga territorial de jurisdicción *post litem*, siempre que la voluntad del demandado se exprese en forma positiva y no ficta. El consentimiento del demandado sólo se requiere en caso de prórroga (inc. 3), y así lo ha entendido la CSJN argentina en el caso "*Sastre c/ Bibiloni*", al afirmar que el ejercicio de la opción del inc. 2 del art. 56 "no está subordinado a que el demandado admita voluntariamente ser sometido a esa jurisdicción, pues al consentimiento sólo se le requiere en caso de prórroga, o sea cuando la causa es promovida ante jueces distintos a los indicados en los dos primeros párrafos del art. 56".

2. Código Bustamante

1322. El art. 167 establece que las obligaciones originadas por delitos o faltas se regulan por el mismo derecho que el delito o falta de que proceden. Y conforme al art. 168, "las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine". Estas disposiciones siguen el criterio clásico, ya que en principio, la ley aplicable será la del Estado donde se produce el hecho causante del daño, ya sea éste un delito o falta, o cualquier otro acto u omisión referido en el art. 168.

1323. Los arts. 220 a 222 regulan los cuasicontratos en forma autónoma: la gestión de negocios ajenos por la ley del lugar en que se efectúa dicha gestión; el cobro de lo indebido (o enriquecimiento sin causa), por la ley personal común de las partes y, en su defecto, por la del lugar en que se hizo el pago; los demás cuasicontratos por la ley que regule la institución jurídica que los origine.

1324. El Código Bustamante establece de forma general, para acciones civiles y comerciales, la competencia del juez "a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario" (art. 318). Y fuera de los casos de sumisión, la de los jueces "del lugar del cumplimiento de la obligación o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia" (art. 323).

3. Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, entre la República O. del Uruguay y la República Argentina

1325. Este Convenio bilateral (aprobado por Uruguay por Ley N° 16.522, vigente desde el 8/6/1995, y por Argentina por Ley N° 24.106, *BO* 4/8/1992) no refiere genéricamente a todas las obligaciones que nacen sin convención, como los Tratados de Montevideo, sino específica-

mente a la responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito. Se sigue aquí el criterio adoptado por la Conferencia de La Haya mencionado antes. El art. 1 limita el ámbito de aplicación del Convenio a los casos de "accidentes de tránsito acaecidos en territorio de un Estado parte y en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en el otro Estado parte", factores éstos que internacionalizan la relación. A primera vista podría interpretarse que la norma prevé solamente la hipótesis en que el accidente ocurre en un Estado, y ambas partes están domiciliadas en el otro. No sería aplicable entonces al caso en que las partes estuvieran domiciliadas una en cada Estado parte del Convenio. Así por ejemplo, si ocurriera un accidente de tránsito en Punta del Este en el que participaren o resultaren afectadas personas domiciliadas en Buenos Aires, se aplicaría el Convenio, pero si esas personas estuvieran domiciliadas una en Buenos Aires y la otra en Montevideo, el Convenio no sería aplicable.

No obstante, esta primera interpretación literal no se compagina con la "*ratio legis*" del Convenio, con las "políticas gubernamentales" –en la terminología de Currie– que motivaron la aprobación de este Convenio, que es brindar soluciones más adecuadas que las del TMDCI de 1940 en materia de ley aplicable y jurisdicción competente para los casos de accidentes de tránsito ocurridos un Uruguay (muchos de ellos en los desplazamientos de personas domiciliadas en Argentina hacia y desde el balneario uruguayo de Punta del Este), ya sea que en ellos participen o resulten afectadas exclusivamente personas domiciliadas en Argentina, o también algunas domiciliadas en Uruguay. El problema es si podemos desatender el tenor literal del art. 1 "a pretexto de consultar su espíritu" (art. 17 CC uruguayo). Ello no sería viable sino fuera que el texto de los arts. 2 y 7 plantea dudas insalvables respecto a este mismo tema. Con relación al art. 2 debe advertirse que con una interpretación restrictiva del art. 1, el inc. 1 del art. 2 estaría fuera del marco del Convenio. En efecto, el art. 2 prevé dos hipótesis: la primera enuncia el principio general de que el derecho aplicable es el del Estado del lugar del accidente. La segunda consiste en establecer que "si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado parte", se aplicará el derecho del Estado del domicilio común.

La interpretación literal del art. 1 dejaría sin sentido al inc. 1 del art. 2. ¿Cuándo se aplicaría la ley del Estado del lugar del accidente, si el

Convenio sólo se refiriera a casos en que ambas partes tienen domicilio fuera de dicho lugar? Lo mismo sucede con el art. 7 cuando prevé la opción del actor de recurrir a los tribunales de su propio domicilio (y no a los del domicilio del demandado), lo que sólo tendría sentido si los domicilios de uno y otro no coinciden. Por lo tanto, las dificultades interpretativas de la totalidad del texto son lo suficientemente graves como para autorizarnos a recurrir a "su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción" (art. 17 CC uruguayo). Examinada la misma, la interpretación que resulta más acorde con la filosofía del Convenio, con las políticas legislativas subyacentes a sus soluciones normativas, conduce a afirmar que los factores de internacionalización son que el accidente se produzca en un Estado parte, y que en dicho accidente participen o resulten afectadas personas domiciliadas en el otro Estado parte, pero que no es necesario que todas las personas que participen o resulten afectadas en el accidente se domicilien en el otro Estado parte.

La redacción del art. 1 no fue la más acertada para expresar la intención de las partes de este Convenio. Hubiera sido de mejor técnica legislativa incluir claramente y a texto expreso las dos hipótesis antedichas, cosa que la norma aprobada definitivamente no hace, obligando a forzar una interpretación amplia basada en la intención del legislador y en las políticas legislativas que subyacen a la norma. Para evitar dichos inconvenientes, la norma se hubiera podido redactar, por ejemplo, de la siguiente forma: El presente Convenio determina la ley aplicable y la jurisdicción internacionalmente competente en casos de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito acaecidos en territorio de un Estado parte y en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas exclusivamente en el otro Estado parte o en ambos, o: algunas personas domiciliadas en el otro Estado parte y otras en el mismo Estado donde se produjo el accidente, o: personas domiciliadas en uno y otro Estado parte, o mejor: personas domiciliadas en el otro Estado parte, o en uno y otro Estado parte. Lo que sí queda claramente excluido del ámbito de aplicación del convenio, por ser una relación nacional, es el caso en que dos personas domiciliadas en un Estado parte protagonizan un accidente en el territorio de ese mismo Estado parte.

1326. El art. 2.1 consagra como principio general la solución tradicional de la *lex loci delicti*: "la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se produjo el accidente." La referencia al "derecho interno" excluye la posibilidad del reenvío. El inc. 2 prevé, como excepción al principio general del inc. 1, la hipótesis de que en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado parte (aquél donde no se produjo el accidente). En ese caso, es aplicable el derecho interno del Estado del domicilio común de las partes. Se ha dado relevancia aquí al contexto socioeconómico al que pertenecen las partes. O sea que en el inc. 1 están comprendidos los casos de accidentes en un Estado parte, en que participan o resultan afectadas personas domiciliadas en uno y otro Estado parte, ya que si todas ellas estuvieran domiciliadas en el otro Estado parte (aquél donde no se produjo el accidente), resulta aplicable el inc. 2. Aquí también hubiera resultado más clara una fórmula como, por ejemplo, la que sigue: La responsabilidad civil por accidentes de tránsito en que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en uno y otro Estado parte, se regulará por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se produjo el accidente. De esta forma hubieran quedado claramente delimitadas, en el propio texto del Convenio, las hipótesis que corresponden a la regulación de la *lex loci delicti*, y las que se regulan por la ley del domicilio común de las partes, evitando así problemas de interpretación.

En conclusión, cuando las partes están domiciliadas una en cada uno de los Estados parte del Convenio, se aplica "el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se produjo el accidente"; cuando ambas partes se domicilian en el otro Estado parte, se aplica "el derecho interno de este último". Así por ejemplo, si se produce un accidente en Punta del Este entre dos personas domiciliadas una en Buenos Aires y la otra en Montevideo, se aplica el derecho interno uruguayo (inc. 1), mientras que si esas personas estuvieran domiciliadas ambas en Buenos Aires, se aplica el derecho interno argentino (inc. 2). Y no cabría una tercera posibilidad, ya que, como se dijo, si ambas partes estuvieran domiciliadas en el mismo Estado donde se produjo el accidente, se trataría de una relación nacional, ya que no se darían los factores de internacionalización exigidos por el art. 1.

1327. El art. 3 define en forma autárquica el domicilio de las personas físicas como su residencia habitual. El art. 4 regula en forma específica la "responsabilidad civil por daños sufridos en las cosas ajenas a los vehículos accidentados como consecuencia del accidente de tránsito", por "el derecho interno del Estado parte en el cual se produjo el hecho". Esta es una solución única y preceptiva, que no admite la excepción del inciso 2 del art. 2. La solución adoptada aquí por el Convenio parece ser la más adecuada. El art. 5 deja en claro que "cualquiera que fuera la ley aplicable a la regulación de la responsabilidad, serán tenidas en cuenta las reglas de circulación y seguridad en vigor en el lugar y en el momento del accidente". Esta es la solución tradicional en la materia, y sin duda parece ser la única adecuada, ya que las normas que regulan la circulación y seguridad en el tránsito son de carácter público, y por tanto de estricta aplicación territorial.

1328. El art. 7 otorga competencia, a elección del actor, a los tribunales del Estado parte donde se produjo el accidente, o del domicilio del demandado, o del domicilio del actor. Las dos primeras posibilidades coinciden con las de los Tratados de Montevideo, constituyendo las soluciones clásicas en la materia; la tercera abre una posibilidad hasta ahora desconocida en el derecho internacional privado uruguayo, cuya conveniencia –sobre todo desde el punto de vista de Uruguay– resulta más que dudosa. El literal c) del art. 7 habilita a que en el caso, por ejemplo, de un accidente de tránsito ocurrido en Punta del Este, protagonizado por dos personas domiciliadas una en Montevideo y otra en Buenos Aires, la parte actora, domiciliada en Buenos Aires, demande ante tribunales argentinos al co-protagonista del accidente domiciliado en Montevideo. Esta disposición abre así la posibilidad –nueva en el DIPr uruguayo– de que personas domiciliadas en Uruguay, que tienen accidentes de tránsito en Uruguay con personas domiciliadas en Argentina, sean demandadas ante tribunales argentinos.

Esta solución puede implicar graves inconvenientes para los demandados, ya que son conocidas las dificultades y los costos de enfrentar tal reclamación en el extranjero. Tampoco parece la más adecuada en esta materia una solución en la que el tribunal argentino no aplicará su ley sino la uruguaya (por el art. 2.1). Ahora bien, la crítica respecto a que

los demandados se verían sometidos al álea del posible *favor laesi* del juez en beneficio de los actores de su propia nacionalidad, debería descartarse en un ámbito que se supone de integración. Por otra parte, el Convenio no limita esta base jurisdiccional a los casos en que el demandado haya causado daños al actor como consecuencia de su exclusiva culpa (imprudencia o negligencia); abarca también aquellas hipótesis en que haya concurrencia de culpa de actor y demandado, e incluso en que el accidente fuere consecuencia exclusiva de la imprudencia o negligencia del actor –factor éste que no se relaciona directamente con la proporción y el grado de los daños que hayan sufrido una y otra parte–, todo lo cual deberá obviamente determinarse en juicio. Debe aclararse que no parece muy probable que la posibilidad que brinda el literal c) del art. 7 sea recíproca, ya que el principal problema que se quiso solucionar es el de los accidentes protagonizados por turistas argentinos en Uruguay (que son muy frecuentes), y no la inversa, ya que la frecuencia de accidentes entre uruguayos en la Argentina es ínfima.

Bourel, al analizar el tema de la competencia jurisdiccional internacional, se manifiesta contrario a permitir al actor optar por el foro de su domicilio, cuando éste no coincide con el lugar del evento causal o con el de realización del daño. Afirma que esta opción, más allá de la justificación basada en la idea de protección de la víctima, se basa principalmente en dos razones: por un lado, evitar la dispersión de competencias que se observa en la jurisprudencia, y por otro, en los casos de ofensa a los derechos de la personalidad, de asegurar la reparación de un perjuicio moral, por tanto inmaterial. Critica Bourel ambos argumentos, sosteniendo en cuanto al primero, que el domicilio de la víctima no siempre será único (puede haber una víctima directa y una o varias indirectas), situación que conducirá a conectar el conjunto de daños con un mismo tribunal, que naturalmente deberá ser aquel en cuya jurisdicción se produjo el daño inmediato, y del cual los demás perjuicios sufridos, como prolongación del perjuicio inicial, no son más que la consecuencia. Y finaliza Bourel afirmando que el análisis de la doctrina y la jurisprudencia revela de forma indiscutible que la noción de lugar del daño debe ser comprendida, en el sentido de conexión jurisdiccional del delito, como el lugar donde se realiza el perjuicio inmediatamente sufrido por la víctima (directa o indirecta) al momento de producirse el he-

cho generador, sin que sean tenidas en cuenta las consecuencias de ese perjuicio, que podrían manifestarse en un lugar diferente y particularmente en el domicilio del actor.

4. La CIDIP y la contaminación transfronteriza

1329. Frente a la posibilidad de regular la responsabilidad extracontractual y dada la enorme variedad de hechos generadores de ésta, parece de buena técnica excluir la responsabilidad emergente de hechos lícitos, como los cuasi contratos, tales como el enriquecimiento sin causa o el pago indebido, u otras obligaciones legales, como las alimentarias. Como ya vimos, ésta ha sido la solución adoptada por el TMDCI de 1940. Parecería factible en cambio regular algunos hechos ilícitos generadores de responsabilidad,

> "(...) como los accidentes de circulación por carretera o la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (aspecto sobre el que existe el antecedente normativo de la Convención de La Haya de 1973), que plantean cuestiones típicas y con respecto a los cuales puede arribarse a soluciones más clásicas, con conexiones fijas, por estar circunscriptos a una problemática específica" (Herbert).

Sean como fueren las conexiones, es indudable que existe una especificidad manifiesta en algunas cuestiones que se plantean dentro de la categoría de obligaciones extracontractuales.

En este mismo sentido, en materia de contaminación transfronteriza Opertti se había manifestado partidario de su regulación específica en el ámbito interamericano, habiendo elaborado en México la propuesta de Uruguay que culminó en la recomendación que efectuara la CIDIP V de incluir, como parte de la agenda para la CIDIP VI, el tema de la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza (CIDIP V, Res. 8/94). Si se pretendiera en cambio elaborar una convención con un ámbito de aplicación amplio, señalaba Herbert, "que englobe una generalidad de casos restantes de responsabilidad civil por hechos ilícitos, entonces va a ser muy difícil acceder a una definición más o menos exacta de los elementos relevantes de la conexión". La prueba de las dificultades que han existido en

la Comunidad Europea para llegar a una reglamentación común del derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual es concluyente.

1330. Continuando con el impulso del tema, Uruguay tomó a su cargo desde la Primera Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI (Washington, diciembre de 1998) el trabajo de oficiar de "Relator" del tema "Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con enfásis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza". Con ese mandato, este país redactó un Anteproyecto de convención que circuló a finales de 2001. En lo que refiere a las normas de jurisdicción, el art. 4 del mismo otorgaba la (amplia) opción al actor de presentar la demanda en el lugar de producción del hecho generador de la contaminación, en el lugar donde se produjeron los daños, o en el domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial del demandante o del demandado. El demandante también contaba, según el art. 5 del documento uruguayo, con la facultad de elegir como ley aplicable la del lugar de producción del hecho dañoso o la del lugar de producción de los daños.

Tal vez la manifiesta oposición de algunos Estados al desarrollo de este tema en el ámbito regional interamericano, desde su primigenia inclusión en la agenda de la CIDIP, y la consecuente búsqueda de alternativas más aceptables, fue lo que movió a Uruguay a presentar, casi en el mismo momento de iniciarse la CIDIP VI, un documento que bien podría interpretarse como una alternativa a su propio documento previo. En realidad, formalmente, fueron dos nuevos documentos, uno conteniendo el Proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable y jurisdicción internacionalmente competente en materia de responsabilidad extracontractual (ya sin ninguna referencia a la contaminación transfronteriza), y otro con la Exposición de motivos del mismo. El desarrollo posterior de los acontecimientos demostró que los bienintencionados esfuerzos uruguayos no alcanzarían los resultados esperados.

1331. Si en el proceso anterior a la celebración de la CIDIP VI, las reticencias a la adopción de una convención sobre los aspectos de DIPr de la contaminación transfronteriza se habían dejado sentir con desigual

fuerza, dicha oposición se hizo evidente una vez presentes las delegaciones en Washington. En primer lugar, es interesante destacar que el propio cronograma inicialmente repartido sólo preveía dos sesiones para la Comisión III (el penúltimo día de la Conferencia), encargada del tratamiento de este tema. No parece mucho comparado con las seis previstas para la carta de porte y las ocho destinadas a las garantías. Desde la Presidencia de la Conferencia se pusieron las cosas en su lugar, eliminando esa irritante situación. El propio Presidente de la CIDIP VI (Opertti) se empleó a fondo en la primera sesión de la Comisión explicando los distintos extremos de las propuestas uruguayas y sus razones. Desde las delegaciones canadiense y norteamericana se llegó a sugerir la inconveniencia del tratamiento de este tema, con diversos argumentos, entre los cuales destacaban el ya conocido del alcance universal del tema de la contaminación transfronteriza y su mejor acomodo al ámbito de trabajo de las organizaciones de vocación también universal, por un lado, el temor a que se afecte de algún modo la responsabilidad del Estado y, desde un punto de vista más técnico, ciertos reparos a la consagración del *forum actoris* y a la facultad de elegir la ley aplicable. Ante esa pretensión, el mismo Opertti y el delegado mexicano Siqueiros manifestaron la total imposibilidad de aceptarla con el incontestable razonamiento de que los delegados a la Conferencia carecen de competencia para excluir el tratamiento de un tema que está dentro de la agenda por mandato imperativo de la Asamblea General.

A partir de ese momento y divididas las aguas entre la firme actitud uruguaya (con significativo apoyo mexicano) y la resistencia no menos sólida de las delegaciones norteamericana, canadiense y brasileña, se sucedieron una serie de reuniones más o menos informales que se preocuparon por alcanzar algún tipo de consenso. La aprobación de cualquier tipo de texto convencional quedó rápidamente descartada. Con igual premura, desapareció toda referencia específica a la contaminación transfronteriza. Así las cosas, se llegó a un acuerdo acerca de aprobar unas "bases" para seguir desarrollando el tema de la responsabilidad extracontractual que fueran aceptables para todas las delegaciones. El contenido de la misma se fue *descafeinando* hasta llegar al texto finalmente aprobado en la última Sesión Plenaria. En el mismo se reconoce "la necesidad de considerar la regulación de la ley aplicable y la jurisdicción

internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual", y se apoya la realización de "un estudio preliminar para identificar las áreas específicas en las que pueda verificarse un desarrollo progresivo de la regulación en esta materia mediante soluciones de conflicto de leyes, así como la realización de un análisis comparativo de las normas estatales en vigor". En cuanto a los aspectos técnicos se llegó a una ecléctica fórmula que de un lado se preocupa por "la expectativa fundada de los peticionantes a demandar ante foros accesibles con un régimen legal favorable" (coherente con los documentos uruguayos), y de otro por "las expectativas fundadas de los reclamados a no ser demandados y juzgados ante foros o por leyes sin conexión razonable con el objeto de la demanda o con las partes" (de acuerdo a las preocupaciones constitucionales norteamericanas).

V. Dimensión institucional mercosureña: Protocolo en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados parte del MERCOSUR (San Luis, 1996)

1332. El Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados parte del MERCOSUR fue aprobado por Dec. N° 1/96 del CMC. Recoge básicamente las soluciones del Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, entre la República O. del Uruguay y la República Argentina, suscrito el 8/7/1991, analizado *ut supra*, por lo que nos limitaremos a señalar las similitudes y diferencias entre ambos. Así, el ámbito de aplicación del Protocolo está establecido por su art. 1 en los mismos términos que en el art. 1 del Convenio bilateral, por lo que merece los mismos comentarios que este último. El Protocolo agrega en el art. 2 una definición autárquica de domicilio de las personas físicas más detallada que la del art. 3 del Convenio, con conexiones subsidiarias tomadas del art. 2 de la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr (CIDIP II): residencia habitual, centro principal de sus negocios y simple residencia. Si se tratare de personas jurídicas, se considerará que tienen su domicilio en la sede principal de su administración, y si poseen sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie

de representación, el lugar donde cualquiera de éstas funcionen. La solución en materia de derecho aplicable y de jurisdicción competente es idéntica en el Protocolo (arts. 3, 4, 5 y 7) y en el Convenio (arts. 2, 4, 5 y 7).

El art. 9 establece que "las controversias que surgieren entre los Estados parte con referencia a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo, serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas", y si mediante éstas no se alcanzara un acuerdo, se aplicarán los "procedimientos previstos en el Sistema de solución de controversias vigente entre los Estados parte del Tratado de Asunción". Se sigue básicamente la misma fórmula ya adoptada en el art. 32 del Protocolo de Las Leñas de 1992, en el art. 15 del Protocolo de Buenos Aires de 1994, y en otros textos emanados de los órganos del MERCOSUR. También las disposiciones finales (arts. 10 a 13) recogen las soluciones de los Protocolos precitados.

VI. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

1333. La dimensión autónoma se integra por normas pertenecientes a la dimensión convencional multilateral y bilateral, debiendo destacarse la carencia que adolece el ordenamiento interno. En orden al criterio con que deben interpretarse dichas normas convencionales, la doctrina especializada argentina –en el *X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional* celebrado en Buenos Aires en 1989, antes citado– sostuvo que la redacción de dichas normas no impide efectuar calificaciones autárquicas innovadoras respecto del "lugar donde el hecho se produjo", contemplando, dentro del concepto señalado, no sólo el lugar donde se exterioriza la conducta sino también aquél donde se producen sus consecuencias.

1334. El mayor caudal de casos de responsabilidad extracontractual proviene de accidentes de tránsito que involucran a Argentina y Uruguay. Entre los numerosos fallos seleccionamos aquellos cuya solución se basa en las normas de fuente convencional tanto multilateral como bilateral. La CSJN aplicó el TMDCI de 1940, para solucionar un conflicto de ju-

risdicción internacional producido a raíz de un accidente automovilístico ocurrido en Punta del Este entre partes domiciliadas en Buenos Aires. A la acción promovida por daños y perjuicios, los demandados opusieron la excepción de incompetencia de jurisdicción, porque no habían aceptado voluntariamente la prórroga, tal como lo prescribe la última parte del art. 56 de ese cuerpo normativo. La CSJN no hizo lugar a la excepción por entender que el actor había hecho uso de la opción permitida por esa disposición –entablar la demanda ante el foro del domicilio del demandado–. El consentimiento solamente se requiere en caso de prórroga, esto es, cuando la acción es incoada ante un tribunal diferente a los normalmente competentes.

1335. Ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, la madre y la hermana del causante entablan una demanda por daños y perjuicios en contra del conductor del vehículo. El accidente se produjo en Punta del Este en una carrera de regularidad en la que la víctima participaba como acompañante. Las actoras, fundándose en el derecho argentino de responsabilidad extracontractual por transporte benévolo demandaron por daño moral y material. En la contestación, los demandados plantean la incompetencia de los tribunales argentinos y la prescripción de la acción (CC argentino, art. 4037).

El tribunal calificó la controversia encuadrándola en la responsabilidad por acto ilícito y no como contractual e hizo lugar a la demanda en virtud de lo dispuesto por el Tratado de 1940. El art. 43 remite a la ley del lugar donde se produjo el accidente, es decir, el derecho uruguayo. Se declaró responsable al padre del conductor –dueño del automóvil– por el hecho de la cosa. En razón de que la norma de conflicto del Tratado es indisponible para las partes, el juez la aplica de oficio apartándose del derecho invocado por las actoras (*"Reger de Maschio Wally D. y otro c/ Annan Guillermo A."*, *LL*, 1986-B-387).

En dos casos similares sobre accidentes de tránsito ocurridos en Uruguay, los tribunales argentinos, en orden a decidir el derecho aplicable, se enrolan en posiciones contradictorias. El Convenio bilateral nada dice sobre su aplicación temporal y tampoco contiene cláusulas con relación a los Tratados de Montevideo. En el primero de los supuestos, que tuvo lugar el 8 de enero de 1986, el Tribunal se pronuncia por la aplica-

ción del citado convenio a pesar que al momento de ocurrir el accidente todavía no había entrado en vigor. La línea argumental se basó en el art. 3 CC argentino, que establece: "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes (...)". (CNCiv-L, 23/9/1996, *"Giuliani, Mario y otro c. Khafif, Isaac y otros"*, *LL*, 1998-C).

Mientras que en el segundo caso se deniega expresamente la posibilidad de acudir a dicho Convenio, porque los hechos acontecieron el 14 de enero de 1989, antes de producida su entrada en vigencia. La competencia internacional de los tribunales argentinos reposó en el domicilio de la parte demandada. En tanto que, en lo que atañe al derecho aplicable, la Cámara señaló la coexistencia del Tratado de Montevideo y del Convenio bilateral, que plantea el problema de la sucesión de normas de DIPr en el tiempo, cuestión que no puede resolverse ante la carencia de normas de derecho transitorio en el Convenio bilateral. En consecuencia, se estimó preciso consultar las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 pues, cuando la norma de conflicto de leyes o de conflicto de jurisdicciones pertenece a un tratado internacional, los problemas de derecho transitorio que puede suscitar dependen del derecho internacional general. En razón de lo expuesto, se resuelve el caso mediante la aplicación del derecho material uruguayo designado competente por el art. 43 del TMDCI de 1940 (CNCiv-I, 14/4/1998, *"Rivas Cordero, Santiago c/ Natanson, Jorge o Gustavo Jorge Osvaldo s/daños y perjuicios"*, *ED*, 11/6/1999).

1336. Como ya se ha dicho, en materia de responsabilidad extracontractual el DIPr autónomo no brinda respuestas satisfactorias a los diferentes despliegues que ésta manifiesta. Un sector de la doctrina acude al precepto general del art. 8, primera parte, del CC, según el cual "los actos" –sin distinguir entre lícitos e ilícitos– se rigen por la ley del lugar en que se han verificado. En consecuencia, los delitos civiles, los cuasidelitos y los cuasicontratos, como el pago de lo indebido, la gestión de negocios ajenos sin mandato y el tratamiento de los actos ilícitos en su más diversa fenomenología, quedan sometidos a dicho derecho (Goldschmidt). Mientras que otra tesis, a la luz de una interpretación integral de la norma, entiende que ésta se estaría refiriendo a la ejecución en el país

de los negocios jurídicos descartando de su ámbito material a los actos ilícitos, ya que "resulta extraño a la noción de actos ilícitos el hecho de que deban tener ejecución en el país conforme a sus leyes"; los actos ilícitos no pueden conformarse a ley alguna (Boggiano). En la misma línea de ideas, se sostiene que no existe norma alguna de fuente interna, considerando a ese artículo inaplicable (Fermé).

En suma, el art. 8 resulta incompleto e insatisfactorio; tampoco aparece como una vía apropiada cubrir la laguna mediante la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo. En ambos casos se trata de reglas rígidas que pretenden captar de forma unitaria y exclusiva todos los supuestos de la responsabilidad civil. En efecto, la funcionalidad de la norma con una única conexión es escasa cuando se produce, por ejemplo, la disociación entre el lugar donde tuvo origen el hecho generador y aquél donde se producen sus efectos, pudiendo incluso localizarse éstos en el territorio de varios Estados. En cambio, sí cabría la aplicación analógica del Tratado de Montevideo de 1940 (art. 43, 2° párrafo) para la hipótesis de que el acto ilícito genere responsabilidad extracontractual a partir de una relación preexistente. En este caso el acto se conecta con el derecho propio de esa relación resultando esta conexión más estrecha que la ley del lugar del acto y la ley común a las partes.

2. Brasil

1337. En Brasil se ha producido una aproximación de dos regímenes obligacionales (extracontractual y contractual). El denominado régimen unitario intenta unirlos (art. 9 LICC). La crisis de las fuentes resultó en un mayor número de deberes (contractuales y extracontractuales), deberes de la sociedad que componen un deber general de conducta. Como ejemplo, podemos citar el aumento, en la posmodernidad, de los derechos de la personalidad. Las personas tienen una esfera de protección que incluye la personalidad, y que aumentó en el último siglo, percibiéndose claramente cuando los derechos extrapatrimoniales son violados.

1338. El art. 9 LICC establece que "para calificar y regir las obligaciones, se aplica la ley del país en que se constituyeren". Así, a un acci-

dente de tránsito ocurrido en Brasil, implicando a un argentino y a un uruguayo, se le aplica la ley brasileña. El Código Bustamante vigente en Brasil, de manera clásica, determina que la ley aplicable es también la *lex loci delicti* –arts. 167 y 168–. También hay jurisprudencia en el sentido de la aplicación de la ley del lugar del resultado del delito, como por ejemplo la responsabilidad del importador por daño causado por un producto extranjero importado. La regla de conexión de la *lex loci*, que hasta hoy es la norma del DIPr brasileño, ha sido muy criticada, porque el elemento de conexión es abstracto, siendo muy rígido para ser aplicable a una gran variedad de casos. A pesar de las tendencias a la flexibilización en el derecho comparado, en el sistema autónomo brasileño la regla sigue siendo, por ejemplo en materia de accidentes, la ley del lugar dónde éstos se producen.

3. Paraguay

1339. En cuanto a la jurisdicción internacional, en la legislación interna no encontramos norma alguna que regule la cuestión que nos ocupa en el presente apartado. No obstante, estimamos supletoriamente aplicable a este tipo de obligaciones, la disposición contenida en el art. 17 de la COJ; dicha norma prescribe la competencia de los tribunales del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el lugar del contrato, siempre que el demandado se halle en él aunque sea accidentalmente. A falta de convenio o acuerdo, que es precisamente lo que caracteriza la obligación extracontractual, se estará al principio domiciliario, conforme a la disposición antes transcripta.

Respecto del derecho aplicable, el CC paraguayo no establece ninguna norma específica para resolver la cuestión de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. No obstante, la regla *lex loci solutionis* del art. 17 –del que nos ocupamos en el apartado correspondiente a las obligaciones contractuales– se entiende aplicable igualmente a este tipo de obligaciones. Por tanto, el principio rige no sólo para las obligaciones contractuales, sino también para las extracontractuales.

4. Uruguay

1340. El Apéndice del Código Civil no prevé las obligaciones extracontractuales como categoría autónoma; no obstante, al regular el art. 2399 la categoría "actos jurídicos" (si es que podemos extender esta categoría a las obligaciones extracontractuales) por la ley del lugar de su cumplimiento, se remite expresamente a "las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de derecho civil de 1889". Y precisamente ese artículo 38 regula las obligaciones que nacen sin convención, remitiéndose a la solución clásica de la *lex loci delicti*. En cuanto a la jurisdicción, el art. 2401 del Apéndice establece que son competentes los jueces del Estado a cuya ley corresponda el conocimiento de la relación; o sea que en cuanto a las obligaciones que nacen sin convención, son competentes los jueces del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito (arts. 2401 y 2399). El art. 2401, tratándose de acciones personales patrimoniales, otorga al actor la opción de demandar ante los jueces del Estado del domicilio del demandado.

La regulación de fuente nacional vigente está siendo objeto de revisión; en lo que al tema de la responsabilidad extracontractual respecta, la regla clásica de la *lex loci delicti*, como conexión única, y aplicada en forma rígida, es insuficiente y muchas veces inadecuada. Esto no significa que deba dejarse de lado la solución clásica, ya que la alternativa perfecta no existe, sino que debería flexibilizarse la metodología, incorporándose alternativas entre las cuales el juez deberá elegir, pero no en forma absolutamente discrecional (se arriesgarían la certeza y previsibilidad), sino sobre la base de criterios claramente preestablecidos por el legislador, que permitan al juez adecuar la norma general a los requerimientos de justicia sustantiva del caso concreto, "que permitan el manejo de esas alternativas o interpretaciones en forma razonable, con criterio unívoco y no arbitrario" (Herbert).

Bibliografía complementaria

CIURO CALDANI, M.A., "Comunicación sobre las proyecciones jusprivatistas internacionales de la responsabilidad por hechos ilícitos. Hacia una concepción

humanista de la responsabilidad por hechos ilícitos", *Investigación y docencia*, Nº 13, 1989; CRESPO HERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, Eurolex, 1999; CRESPO HERNÁNDEZ, A., "Precisión del *forum delicti comissi* en los supuestos de daños contra las personas causados a través de la prensa", *La Ley (Comunidades Europeas)*, Nº 96, 25/8/1995, pp. 1-8; GONZÁLEZ LAPEYRE, E., "El régimen internacional de las obligaciones extracontractuales", *Cuadernos de DIPr*, Nº 3, Montevideo, FCU; JUENGER, F.K., "La evolución del derecho internacional privado en materia de responsabilidad civil", *Undécimo Seminario Nacional de DIPr. Memoria*, México, UNAM, 1989; JUENGER, F.K.,"Derecho conflictual americano en materia de responsabilidad por el producto", *Jus (Univ. Aut. de Ciudad Juárez)*, vol. 2, 1986-1987; MARQUES, C.L., "Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito)", *Rev. dos Trib.*, vol. 629, 1988, pp. 72-92; OPERTTI BADÁN, D., "Derecho internacional privado y medio ambiente. La contaminación transfronteriza y el derecho internacional privado", en *Medio ambiente y desarrollo*, Montevideo, MRE / MVOTMA, 1992; OPERTTI BADÁN, D., "La contaminación transfronteriza: un desafío para el derecho internacional privado interamericano", *Revista Jurídica Estudiantil*, Nº XI, Año IX, 1994; PALAO MORENO, G., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; PERUGINI, A., "La responsabilidad extracontractual en un caso argentino-uruguayo", *LL*, 1986-B-387.

Capítulo 29

Títulos valores

María Blanca Noodt Taquela

I. Aspectos generales

1341. Vivante ha definido al título de crédito como "el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que está expresado en el mismo". Este concepto que, entendemos, no ha sido superado en más de un siglo, tiene el hallazgo de haber revelado el juego lógico de los caracteres de los títulos de crédito –necesidad, literalidad y autonomía– en su definición (Ghioldi-Méndez).

La necesidad implica que para ejercer el derecho cartular se requiere tener materialmente el papel y exhibirlo. Nos referimos al derecho cartular, que es un derecho distinto al que resulta de la relación subyacente al título de crédito, ya que este último podrá ejercerse aunque no se posea el documento, de acuerdo con las reglas del derecho común. El título de crédito comprende dos elementos: el documento y el derecho que aquél representa; la relación entre ellos es tal que el derecho se considera en cierta forma objetivado a través del documento. La compenetración entre documento y derecho ha dado lugar a la teoría de la incorporación del derecho en el título (Yadarola, Gómez Leo).

1342. La literalidad determina que el derecho cartular se regule exclusivamente por el tenor literal del documento y de aquellos otros a los que el título de crédito haga referencia expresa. No se acepta la remisión a documentos que no estén mencionados en el título de crédito. La au-

tonomía significa que el derecho que el título de crédito transmite en su circulación a cada nuevo adquirente es un derecho autónomo, es decir, desvinculado de la situación jurídica que tenía el transmitente, de modo que cada nuevo adquirente recibe un derecho que le es propio (Yadarola). La consecuencia es que un obligado cambiario no puede oponer las excepciones personales que tenía contra otros tenedores legitimados, ni las que tengan otros obligados cambiarios contra el tenedor legitimado. Sólo cabe plantear las excepciones llamadas objetivas –que resultan del propio título– o las personales que tenga el obligado cambiario contra el tenedor legitimado (Gómez Leo).

Los títulos valores tienen vocación de circular, al punto que algunos autores han preferido utilizar la terminología "títulos circulatorios" en vez de la de títulos de crédito o títulos valores (Gualtieri-Winisky). Sin embargo, aunque no circulen o aunque algunos títulos no puedan circular, no pierden su carácter, por lo que se considera que la circulación es de su naturaleza pero no de su esencia. Durante el período en que la Ley argentina N° 23.549 de 1988 prohibió los endosos de los cheques –sistema afortunadamente derogado en 1995 por la Ley N° 24.452– no dejó de considerarse al cheque título de crédito (Gómez Leo).

1343. Dentro de los títulos valores, pueden distinguirse los abstractos de los causales: son abstractos los denominados papeles de comercio: letra de cambio, pagaré, cheque y facturas; son causales, el conocimiento de embarque, los certificados de depósito, las acciones de sociedades anónimas, entre otros. Los papeles de comercio tienen, además de los caracteres de los títulos de crédito, otros que le son propios: formalidad, completividad y abstracción.

La formalidad significa que el documento debe contener determinados requisitos formales y si carece de alguno de ellos no será un papel de comercio. La completividad implica que el derecho se regula por el tenor estricto del documento, sin que se acepten remisiones a otros documentos, aunque consten en el mismo papel de comercio, es decir que se acentúa la literalidad. La abstracción significa que el derecho cartular es totalmente independiente de la causa que le dio origen, entendida en el sentido de la relación subyacente al papel de comercio, por ejemplo contrato de compraventa, préstamo.

1344. Pensamos que esta apretada síntesis de los principios básicos de la teoría general de los títulos de crédito, debe tenerse muy presente cuando se estudian las cuestiones de DIPr, pues las soluciones conflictuales relativamente modernas aparecen profundamente imbuidas de los caracteres de los títulos de crédito. Por ejemplo, el carácter autónomo de las obligaciones cartulares tiene su reflejo en las normas de conflicto, pues cada obligación se rige por la ley donde fue contraída (Castro).

Sin embargo, la aplicación de distintas leyes a cada una de las obligaciones cambiarias puede afectar la seguridad y certeza en el derecho que se imponen en la materia, máxime por la aptitud circulatoria de los títulos de crédito, por lo que las soluciones materiales y conflictuales deben atender a los requerimientos propios de la naturaleza de estos instrumentos. Además, la amplia utilización de los títulos de crédito en la esfera internacional, ha requerido la elaboración de normas materiales uniformes desde antiguo, por lo que el método sustancialista gana espacio frente al conflictual y los principios que rigen la teoría general de los títulos valores tienen suma importancia en la solución de los casos internacionales.

1345. La letra de cambio se utiliza frecuentemente en el comercio internacional, como uno de los medios de pago de la compraventa internacional denominado cobranza documentaria (Cap. 27.III), pues permite otorgar mayor seguridad al vendedor cuyo crédito queda instrumentado en un título valor, que circula fácilmente, que puede ser descontado para hacerse de fondos antes del vencimiento, que tiene fuerza ejecutiva y que se encuentra exento de las excepciones causales derivadas de la compraventa –por ejemplo alegaciones de falta de conformidad de las mercaderías vendidas– en virtud de su carácter abstracto.

También puede utilizarse combinada con otro medio de pago de la compraventa, el crédito documentario, cuando el vendedor –beneficiario del crédito– aceptó financiar el precio de la compraventa. En este caso, la obligación del banco emisor y en su caso del banco confirmador (art. 9 *Brochure* 500 CCI) consiste en aceptar las letras de cambio libradas por el vendedor y lógicamente, pagarlas al vencimiento (Cap. 27.IV).

II. Reglamentación convencional "universal". Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931. Convención de las Naciones Unidas de 1988

1346. Tanto la letra de cambio y el pagaré como el cheque han sido materias apropiadas para la elaboración de normas materiales uniformes y normas de conflicto convencionales desde principios de siglo. Después de los intentos de las Conferencias de La Haya de 1910 y 1912, se adoptaron en Ginebra el 7 de junio de 1930 tres tratados internacionales: la Convención que aprueba la Ley Uniforme sobre la letra de cambio y el pagaré a la orden; la Convención sobre conflicto de leyes en materia de letra de cambio y pagaré a la orden y la Convención sobre timbre en materia de letra de cambio. Brasil es el único país del MERCOSUR que ha adherido a las tres Convenciones; el instrumento fue depositado ante el Secretario General de la Liga de las Naciones el 26 de agosto de 1942, sin embargo la aprobación legislativa de las tres Convenciones fue realizada veintidós años más tarde, por Decreto-legislativo N° 54 de 1964 y la promulgación efectuada el 24 de enero de 1966 por Decreto N° 57.663.

Hay que tener en consideración que Brasil formuló trece reservas a la Convención que aprueba la Ley Uniforme, autorizadas por el Anexo II de la misma (arts. 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 15, 16, 17, 19 y 20). Por lo tanto existen en Brasil dos conjuntos de normas sobre letra de cambio y pagaré: la Ley Uniforme de Ginebra, con exclusión de los artículos que no fueron introducidos en el derecho interno como consecuencia de las reservas y las normas internas del Decreto N° 2044 del 31 de diciembre de 1908 que las reservas dejaron vigentes, como también las complementarias a las materias reguladas por la Ley Uniforme de Ginebra (Faría).

1347. También se firmaron en Ginebra, el 19 de marzo de 1931, tres tratados internacionales en materia de cheque: la Convención que aprueba la Ley Uniforme en materia de cheques, la Convención sobre conflictos de leyes en materia de cheques y la Convención sobre el timbre en materia de cheque. Brasil –único país del MERCOSUR parte en estas Convenciones– las ratificó el 26 de agosto de 1942, pero la aprobación legislativa de las tres fue realizada veintidós años más tarde, por Decreto-legislativo N° 54 de 1964 y la promulgación efectuada el 7 de

enero de 1966 por Decreto N° 57.595. La aprobación de Brasil a la Ley Uniforme en materia de cheques está sujeta a las reservas mencionadas en los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 29 y 30 del Anexo II de la Convención.

1348. Hay que tener en consideración que las Leyes Uniformes de 1930 y 1931 contienen normas materiales que deben ser aplicadas tanto a las letras de cambio, pagarés y cheques internacionales, como a los internos, ya que ni las Convenciones que las aprobaron, ni las Leyes Uniformes, hacen distinción al respecto. Es una diferencia importante respecto de otras normas materiales uniformes, como la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o la Convención de Varsovia de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional y sus Protocolos modificatorios, las que solamente se aplican cuando la compraventa o el transporte aéreo son internacionales, internacionalidad que se define en cada uno de esos tratados internacionales (art. 1 en ambos casos).

Aún después de la ratificación interna en Brasil, surgieron dudas si las mencionadas Convenciones de Ginebra habían derogado la legislación interna de Brasil sobre letra de cambio, pagaré y cheque, hasta que el STF por sentencia del 4/8/1971 (Recurso extraordinario 71.154 PR, *Rev. Trim. Jurisp. STF* 58-744) en un caso referido a cheque, se pronunció sobre la prevalencia de la Ley Uniforme (Garcez).

Se trataba de una acción ejecutiva que se declaró prescripta de acuerdo con el art. 52 de la Ley Uniforme de Ginebra en materia de cheque, que establece un plazo de 6 meses para la acción contra los endosantes. La parte recurrente sostuvo que la Convención de Ginebra no afectaba la vigencia de la ley brasileña sobre cheque (Decreto N° 2044 de 1908), que establecía un plazo mayor de prescripción, porque los tratados internacionales no pueden modificar la legislación interna si no son autoejecutivos y requieren una ley del Congreso. El STF reconoció la aplicabilidad inmediata en el plano interno de la Ley Uniforme sobre cheque; fundamentó la decisión resaltando que sería incoherente que después de la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y la promulgación posterior, se necesitase aún un nuevo acto del Poder Legislativo para su validez (Araujo, da Gama).

Sin embargo, en una sentencia posterior del mismo tribunal STF, del 1°/6/1977 (Recurso extraordinario 80.004 SE, *Rev. Trim. Jurisp. STF*, 83-809), no se aplicó la Ley Uniforme de Ginebra de 1930, otorgando primacía a una norma interna de Brasil, el Decreto-Ley N° 427 de 1969 que estableció un registro obligatorio del pagaré (*nota promissória*) en un organismo fiscal (*Repartição Fazendária*), bajo pena de nulidad del título. En el caso se discutía si subsistía la responsabilidad del avalista del pagaré no registrado y la sentencia del STF resolvió por mayoría de votos sobre la validez y aplicabilidad del Decreto-Ley N° 427/1969. Algunos miembros del Supremo Tribunal Federal, sostuvieron que el tratado puede ser derogado por una ley posterior, lo que es lamentable para el derecho internacional en general y mucho más para el avance del proceso de integración del MERCOSUR.

1349. Las Leyes Uniformes de Ginebra de 1930 y de 1931 siguieron el modelo germánico en materia de documentos cartulares, basado en la abstracción del documento y fueron ratificadas por países de derecho continental, en su gran mayoría europeos, pero no por los anglosajones, por lo que el propósito de unificación universal no se logró en forma plena (Pardo).

Argentina, a pesar de no haber ratificado ni adherido a ninguna de las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, sancionó en 1963 el Decreto-Ley N° 5965/1963 sobre letra de cambio y pagaré que sigue la Ley Uniforme, pero carece de normas de conflicto. En el mismo año se sancionó una ley de cheque, aprobada por Decreto-Ley N° 4776/1963 (derogado en 1995), que adopta también el modelo de Ginebra y contiene una norma de conflicto (art. 1). La Ley de cheques vigente en Argentina, Ley N° 24.452 de 1995, modificada por la Ley N° 24.760 de 1996 (art. 11), mantiene las normas de la Ley Uniforme y la norma de conflicto (art. 3), que analizamos en el punto IV de este capítulo.

1350. Las Convenciones de Ginebra sobre conflicto de leyes de 1930 y de 1931 pueden aplicarse como tratados universales o como tratados comunes, ya que su ámbito espacial de aplicación no está determinado, sino que se establece como facultad de los Estados parte no aplicar las reglas de derecho internacional privado de las Convenciones a las obli-

gaciones contraídas fuera del territorio de uno de los Estados parte (art. 10.1 CG30CLLC y art. 9.1. CG31CLCH).

Esto significa que Brasil podría utilizar, por ejemplo, las normas de conflicto de la CG30CLLC en relación con los otros países del MERCOSUR, aunque éstos no hayan ratificado la Convención. Si Brasil ratificara la Convención de la CIDIP I sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, lo que no ha hecho hasta el 1°/12/2002, estaría obligado a aplicar esta Convención con relación a los demás países del MERCOSUR (que la han ratificado, al igual que Chile y otros diez países latinoamericanos) y dejaría de estar facultado para aplicar la CG30CLLC.

En cuanto a la determinación de la ley aplicable al cheque, Brasil no podría aplicar la CG31CLCH en relación con Paraguay, Uruguay o Chile, porque los cuatro países han ratificado la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II), pero sí podría hacerlo con relación a Argentina que no ha aprobado las Convenciones sobre cheques de CIDIP I y CIDIP II.

1351. Las Convenciones de Ginebra sobre conflicto de leyes, tanto en materia de letra de cambio como de cheque, rigen la capacidad para obligarse cambiariamente por la ley de la nacionalidad, pero aceptan el reenvío, lo que puede conducir a la aplicación de la ley del domicilio (art. 2.1 CG30CLLC y art. 2.1 CG31CLCH). Llama la atención que Brasil haya adherido a estas Convenciones, cuando en 1942 modificó su sistema de derecho internacional privado, dejando de lado la ley de la nacionalidad y adoptando la ley del domicilio para regir la capacidad de las personas (art. 7 LICC).

La forma de las obligaciones contraídas en materia de letra de cambio y pagaré, se rige por la ley del lugar donde las obligaciones han sido contraídas (art. 3.1 CG30CLLC). La forma de las obligaciones en materia de cheques se rige por la ley del lugar donde las obligaciones han sido contraídas o por la ley del lugar de pago (art. 4, primer párrafo CG31CLCH). Es lógico que en el caso del cheque se utilice una norma de conflicto alternativa, permitiendo que los interesados elijan las formas del lugar donde se obligan o del lugar de pago, que normalmente coincide con el domicilio del banco.

1352. Cuando no se cumplen los requisitos de forma exigidos por la ley aplicable, pero sí los requeridos por la ley donde haya sido contraída posteriormente otra obligación, la irregularidad en la forma de una obligación no afecta la validez de la obligación posterior (art. 3.2 CG30CLLC y art. 4.2 CG31CLCH). Este principio, al que generalmente se alude como *favor negotii*, no es estrictamente tal en nuestro criterio, porque no se otorga validez o existencia a la obligación que no cumplió con los requisitos de forma de la ley del lugar donde se asumió la obligación o la del lugar de pago en el caso de cheque; ésta sigue siendo inválida o inexistente. Pensamos que es más bien la expresión de la autonomía de las obligaciones cambiarias, porque la falta de cumplimiento de los requisitos formales de una obligación no afecta la existencia o validez de las demás obligaciones, sujeta a la condición que se indica.

Esta norma tiene especial importancia cuando se trata de la forma de libramiento de una letra de cambio o pagaré, porque la falta de alguno de los requisitos formales trae como consecuencia, de acuerdo a las normas de la Ley Uniforme (art. 2), la inexistencia del título de crédito y con ello, ninguna de las obligaciones posteriores subsiste como cartular. Lo mismo sucede con los requisitos formales del cheque (art. 2 de la Ley Uniforme). También puede resultar de utilidad el art. 3.2 CG30CLLC, en el caso del aval, si la obligación del avalado no reúne las formas exigidas por la ley aplicable, pues el art. 32.2 de la Ley Uniforme hace caer la obligación del avalista cuando la obligación del avalado adolece de un vicio de forma.

Cabe preguntarse si el art. 3.2 CG30CLLC permite considerar tenedor legitimado a quien no justifica su derecho con una cadena regular de endosos, por un defecto de forma en alguno de los endosos, que no sería tal según la ley del lugar donde se contrajo posteriormente otra obligación. La respuesta dependerá de la calificación que se realice de la legitimación cambiaria: si se la considera una cuestión de forma exclusivamente o condición sustancial para el ejercicio del derecho cartular.

Además, dentro de ciertos límites que establecen ambas Convenciones sobre conflicto de leyes, la forma puede quedar sujeta a la ley de la nacionalidad de los obligados cambiarios. De acuerdo a los arts. 3.3 CG30CLLC y 4.3 CG31CLCH, los Estados parte tienen la facultad de determinar la aplicación de la ley nacional para regir la forma de las

obligaciones contraídas en el extranjero por nacionales de ese Estado con relación a nacionales de ese mismo Estado.

1353. La obligación del aceptante de la letra de cambio se rige por la ley del lugar de pago (art. 4.1 CG30CLLC), que normalmente coincidirá con el lugar donde se aceptó la letra. La misma ley determina si se admiten la aceptación parcial y el pago parcial (art. 7 CG30CLLC). La obligación del librador del pagaré se rige, al igual que la del aceptante en la letra, por la ley del lugar donde el título debe ser pagado (art. 4.1 CG30CLLC), pero en este caso, el lugar de pago no ha de ser necesariamente el mismo en que se libró el pagaré. Los efectos de las demás obligaciones cambiarias que surgen de una letra de cambio o pagaré se someten a la ley del lugar donde las obligaciones fueron contraídas (art. 4.2 CG30CLLC).

Los efectos de todas las obligaciones cambiarias que surgen de un cheque se rigen por la ley del lugar donde las obligaciones fueron contraídas (art. 5 CG31CLCH). El punto de conexión lugar de pago se aplica para los obligados directos, es decir aquellos respecto de los cuales la acción cambiaria está expedita sin necesidad de cumplir ningún acto –presentación al cobro, protesto– para conservar el ejercicio del derecho: el aceptante de la letra de cambio y el librador del pagaré. El punto de conexión lugar donde se contrajo cada obligación se utiliza para todos los obligados de regreso. En el cheque no existen obligados directos, todos lo son de regreso, por eso el art. 5 CG31CLCH no hace distinciones.

1354. Hay que entender que en el tipo legal de estas normas de conflicto (art. 4 CG30CLLC y art. 5 CG31CLCH) quedan comprendidas la validez intrínseca de las obligaciones cambiarias, la extensión y los efectos de las mismas y las acciones de que dispone el tenedor legitimado para accionar contra el obligado cambiario, ya que no existe otra norma que regule estas cuestiones y desde nuestro punto de vista están íntimamente vinculadas a las obligaciones.

La autonomía de los títulos de crédito se trasunta en la ley aplicable, cada obligación cambiaria se rige por su propia ley. Si bien puede parecer un fraccionamiento en la ley aplicable, no lo es tal, porque cada obligación cambiaria –autónoma de la de los demás obligados cambiarios–

se rige por su propia ley (Golschmidt, Cámara). En cambio, los plazos para accionar se rigen por la ley del lugar de creación del título para todos los obligados (art. 5 CG30CLLC, art. 6 CG31CLCH), con lo que se abandona la autonomía en materia de ley aplicable. Los Tratados de Montevideo, el Código Bustamante y las Convenciones de la CIDIP adoptan una solución diferente respecto de esta cuestión.

1355. La forma y los plazos para realizar el protesto y otros actos necesarios para conservar el ejercicio de los derechos se rigen por la ley del lugar donde se deben practicar esos actos (art. 8 CG30CLLC y art. 8 CG31CLCH). Las medidas que deben adoptarse en caso de pérdida o robo de la letra de cambio o del pagaré se rigen por la ley del lugar de pago (art. 9 CG30CLLC).

Varios aspectos del cheque se someten a la ley del lugar donde el cheque debe pagarse: (art. 7 CG31CLCH): si el cheque puede ser librado a plazo o si debe serlo necesariamente a la vista; los efectos del cheque posdatado, el plazo de presentación, las modalidades del cheque, el pago parcial, los derechos del portador sobre la provisión de fondos, la revocación del cheque, la necesidad de protesto y las medidas en caso de robo, extravío.

1356. La Convención de las Naciones Unidas sobre letra de cambio internacional, preparada por UNCITRAL y adoptada por resolución del 9 de diciembre de 1988 de la Asamblea General, no ha entrado en vigencia en la esfera internacional porque no ha reunido el número mínimo de ratificaciones, a 1° de diciembre de 2002, no ha sido ratificada por ninguno de los países del MERCOSUR. La Convención contiene normas materiales uniformes y a diferencia de la Ley Uniforme de Ginebra de 1930, se aplica solamente a las letras de cambio internacionales. Tiene carácter facultativo, ya que el documento debe indicar "Letra de cambio internacional" para que sea aplicable. Esto significa que cuando entre en vigencia no habrá de desplazar, ni siquiera entre los países ratificantes, a la Ley Uniforme de Ginebra de 1930. Procura lograr una coordinación entre el sistema de Ginebra y el sistema anglosajón, lo que puede advertirse, por ejemplo, en el modo en que regula los derechos del tenedor legitimado.

III. Dimensión convencional americana

1. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

1357. El TMDComI de1889 regula en sus arts. 26 a 34 la ley aplicable y la jurisdicción internacional en materia de letra de cambio y pagaré, pero no se refiere al cheque. El TMDComTI de 1940 contiene normas de conflicto y alguna norma material sobre letra de cambio (arts. 23 a 31), que resultan aplicables a los pagarés y demás papeles a la orden (art. 32), una norma de conflicto sobre cheques (art. 33) y una norma sobre jurisdicción internacional (art. 35).

Los países ratificantes y adherentes del TMDComI de 1889 son Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, pero como Argentina, Paraguay y Uruguay han ratificado el TMDComTI de 1940 y además la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y factura, de Panamá, 1975 (CIDIP I), también ratificada por Perú, el TMDComI 1889 actualmente se aplica solamente a los casos de letras de cambio y pagarés relacionados con Bolivia y Colombia y no entre países del MERCOSUR.

Del mismo modo entendemos que la entrada en vigencia para Argentina, Paraguay y Uruguay de la CIDIP I sobre letra de cambio, ha tornado inaplicables los arts. 23 a 32 y 34 y 35 del TMDComTI de 1940 y que en las relaciones entre cualquiera de los tres países mencionados con Perú, han quedado derogados los arts. 26 a 34 del TMDComI de 1889, ya que Perú ha también ratificado la Convención de la CIDIP I. Esto se debe a que la Convención de la CIDIP I no contiene una norma de compatibilidad específica, razón por la cual resultan aplicables las normas generales sobre derecho de los tratados, que claramente imponen la aplicación de la Convención interamericana y el consecuente desplazamiento de las normas montevideanas.

1358. Varias sentencias de primera instancia dictadas en Argentina han aplicado la CIDIP I de letra de cambio y no el TMDComTI de 1940, en la mayoría de los casos analógicamente para cubrir la laguna normativa de fuente interna. En el primer caso que conocemos en esta línea, *"Komatsu Brasil S.A. c/ Sportorno"* (JNECivCom 26, 10/9/1984, firme

exp. 246.995), se trataba de letras de cambio libradas en Brasil garantizadas con prenda con registro inscripta en Argentina y el juez aplicó la Convención de la CIDIP I de letra de cambio analógicamente y no el TMDComTI de 1940, rigiendo los requisitos formales de las letras de cambio por el derecho de Brasil donde habían sido libradas y la garantía prendaria por derecho argentino.

También han aplicado analógicamente la Convención interamericana y no el Tratado de 1940, varios fallos de primera instancia firmes: *"Productex S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación por Banco de Crédito Argentino S.A."* (JNCom 7, sec. 14, 25/4/1986 y CNCom-A, 26/12/1988), en los que se pretendía verificar un crédito con letras de cambio libradas en Massachusetts, Estados Unidos, como medio de pago de una compraventa de mercaderías, en una quiebra decretada en Argentina; *"Banco do Brasil c/ Astilleros Corrientes S.A."* (JNCom 7, sec. 14, 21/10/1986, firme), los que se ejecutaban letras de cambio libradas en Brasil, aceptadas y avaladas en Argentina, con motivo de una compraventa de mercaderías; *"Veresit SA. le pide la quiebra: K.D. Feddersen & Co."* (JNCom 10, sec. 19, junio de 1993), en los que se pedía la quiebra de una sociedad domiciliada en Argentina, invocando un crédito por letras de cambio libradas en Alemania.

En el caso *"Hydrosa Trading Limitada c/ Pinal Pharma"* (CNCom-A, 16/2/1995 y JNCom 10, sec. 19) el juez de primera instancia aplicó analógicamente la Convención de la CIDIP I, a la letra de cambio librada en Hong-Kong. La Cámara, siguiendo el dictamen del Fiscal, revocó la sentencia pues entendió que las normas de la Convención interamericana debían ser integradas con las del TMDComTI de 1940, en particular, en lo referido a la ley aplicable a las "acciones". Compartimos el fallo de la Cámara en "*Hydrosa*", en cuanto aplica la Convención interamericana, pero no en cuanto mantiene –a través de una supuesta coordinación– las soluciones del TMDComTI de 1940. Si bien es cierto que de acuerdo con el art. 59 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, pueden integrarse las normas de dos tratados, desde nuestro punto de vista las "acciones" a las que se refiere el TMDComTI de 1940, quedan comprendidas en el art. 3 de la CIDIP I, que se refiere a "todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio", ya que toda acción del tenedor legitimado, presupone una obligación de los legitimados pasivos.

1359. Ni el TMDComI de 1889 ni el TMDComTI de 1940 demuestran una concepción clara de la teoría de los títulos de crédito, lo que se evidencia, por ejemplo, en que se refieren a relaciones entre dos partes en la letra de cambio, desatendiendo el carácter unilateral de las obligaciones cambiarias. Por ejemplo, se regulan "las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y aquél a cuyo cargo se ha hecho", sometiéndolas a "la ley del domicilio de este último" (art. 27 TMDComI de 1889) o a la ley del lugar en donde la aceptación debió verificarse (art. 25 TMDComTI de 1940). En realidad no existen relaciones cambiarias entre el librador de la letra y el girado si éste no acepta la letra, por lo tanto las relaciones jurídicas que resulten entre ellos serán extracartulares y no deberían ser tratadas entre las normas de la letra de cambio (Cámara). También se dispone que "las relaciones jurídicas que resultan entre el girador y el beneficiario del giro de una letra, se regirán por la ley del lugar en que aquélla ha sido girada" (art. 25 TMDComTI de 1940, similar al art. 27 TMDComI de 1889).

En el mismo sentido puede señalarse que el TMDComI de 1889 otorga al aval un carácter accesorio (art. 31), al someterlo a la ley aplicable a la obligación garantida. Dado que la obligación del avalista es autónoma de la del avalado y no tiene carácter accesorio, resulta más apropiada la solución que da el art. 23 del TMDComTI de 1940, que somete la forma del aval a la ley en donde se realiza ese acto. La Convención de la CIDIP I rige tanto la forma del aval como las obligaciones del avalista por la ley del lugar donde se otorga ese acto cambiario (arts. 2 y 3). Desde el punto de vista terminológico tampoco resulta apropiado denominar cesionario al endosatario, como lo expresa el art. 29 del TMDComI de 1889 (Cámara).

1360. Las normas sobre letra de cambio son aplicables a los vales, billetes o pagarés, en cuanto les sean aplicables (art. 33 del TMDComI de 1889 y art. 32 del TMDComTI de 1940). Entendemos que son aplicables íntegramente, salvo en lo que se refiere a la aceptación y a la aceptación por intervención, que no existen en el pagaré. El art. 28 del TMDComI de 1889, idéntico al art. 26 del Tratado de 1940, rige las obligaciones del aceptante por la ley del lugar donde se ha efectuado la aceptación. Esta norma debe aplicarse al pagaré sustituyendo al acep-

tante de la letra por el librador del pagaré, que es el principal y directo obligado cambiario, es decir que las obligaciones del librador del pagaré con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle se rigen por la ley del lugar donde se suscribió el pagaré.

El TMDComI de 1889 no regula el cheque, por lo que deberán aplicarse las normas de letra de cambio, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del cheque. Ambos Tratados atribuyen jurisdicción internacional en materia de letra de cambio y pagaré a los jueces del domicilio de los demandados al momento en que se obligaron o al momento de la demanda (art. 34 TMDComI de 1889 y art. 35 TMDComTI de 1940).

1361. En materia de cheque el TMDComTI de 1940 (arts. 33 y 35) sigue vigente en los casos relacionados entre Argentina y Paraguay o Uruguay porque Argentina no ha ratificado las Convenciones de la CIDIP I y de la CIDIP II en materia de cheque. El art. 33 TMDComTI de 1940 somete varios aspectos del cheque a la ley del lugar de pago o domicilio del banco, tales como el plazo para la presentación, la posibilidad de que el cheque sea aceptado, cruzado, certificado o confirmado el derecho del tenedor sobre la provisión de fondos, el derecho del librador a revocar el cheque u oponerse al pago, la necesidad de protesto u otro acto para conservar los derechos y las modalidades del cheque. En todo lo demás se aplican las normas sobre letra de cambio, tratamiento que es retomado en las Convenciones de las CIDIP I y II.

2. Código Bustamante

1362. Los arts. 263 a 271 CB se refieren a los títulos de crédito, en el Capítulo denominado "del contrato y letra de cambio y efectos mercantiles análogos" y los arts. 272 y 273 tratan "de la falsedad, robo, hurto o extravío de documentos de crédito y efectos al portador". El único país del MERCOSUR ratificante del CB es Brasil (promulgado por Decreto N° 18.871 del 13/8/1929), que, como hemos visto, es también ratificante de las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931. Sin perjuicio del análisis que hacemos en el punto siguiente sobre la aplicación de las Convenciones interamericanas aprobadas en materia de letra de cambio

y cheque, debemos destacar en primer lugar que la jurisprudencia de Brasil y en buena medida también la doctrina de este país, prácticamente ignoran el Código Bustamante en este tema. No hemos encontrado sentencias que lo apliquen y los autores que se refieren al tema citan el CB en forma tangencial (Tenório, Rocha) o directamente no lo mencionan (Castro, Garcez).

1363. Entre el CB y las dos Convenciones de Ginebra que aprueban las Leyes Uniformes de 1930 y 1931, no existe técnicamente superposición normativa o conflicto de convenciones, pues éstas contienen normas materiales que los países ratificantes deben aplicar prioritariamente a las normas de conflicto. Incluso, como hemos visto, las normas materiales uniformes se aplican tanto a las letras de cambio, pagarés y cheques internacionales, como a los internos que no tienen ningún elemento extranjero. En cambio, las Convenciones de Ginebra sobre conflicto de leyes de 1930 y 1931, podrían entrar en colisión con las normas del CB (arts. 263 a 273), ya que todos estos tratados contienen normas indirectas o de conflicto (Cunha). La situación se torna más compleja por el carácter universal con que pueden ser aplicadas las Convenciones de Ginebra, ya que la determinación del ámbito espacial es una facultad de los Estados parte (art. 10.1 CG30CLLC y 9.1 CG31CLCH).

Desde la perspectiva de un juez de Brasil, si la letra de cambio o el cheque están conectados con un país ratificante del CB, por ejemplo Bolivia, Cuba, Haití o Nicaragua que no lo son de las Convenciones de Ginebra, corresponde aplicar el CB. Desde la misma perspectiva, si la letra de cambio o el cheque están conectados con un país ratificante de las Convenciones de Ginebra, por ejemplo Alemania o Japón, que no lo son del CB, corresponde aplicar las Convenciones de Ginebra. Ningún país –con excepción de Brasil– es ratificante a la vez del CB y de las Convenciones de Ginebra sobre conflicto de leyes de 1930 y 1931. De hecho, ningún país del continente americano, salvo Brasil, ha ratificado o adherido a las Convenciones de Ginebra. En el supuesto poco probable de que en el futuro algún país americano adhiriera a las Convenciones de Ginebra, si un juez de Brasil tuviera que pronunciarse sobre una letra de cambio o un cheque que esté conectado con un país ratificante de am-

bos tratados, tendría que aplicar las Convenciones de Ginebra por haber sido ratificadas con posterioridad.

1364. El CB somete la forma de todos los actos cambiarios a la ley del lugar en que cada uno de esos actos se realice. Así, la forma de libramiento (giro), del endoso, de la aceptación, de la aceptación por intervención, del protesto y del aval (fianza), de una letra de cambio, de un vale o pagaré o de un cheque (arts. 263 y 271) se someten a la ley del lugar de realización de cada acto. La posibilidad de que la invalidez que resulte de la aplicación de esas leyes no afecte la validez de otras obligaciones cambiarias (*favor negotii*), no está contemplada en forma expresa. Los arts. 264 a 266, 268 y 269 determinan la ley aplicable a los derechos y las obligaciones en las siguientes relaciones jurídicas: entre librador y tomador (beneficiario) se aplica la ley del lugar donde se libra o gira la letra (art. 264); entre aceptante y portador (beneficiario) se aplica la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación (art. 265); entre endosante y endosatario, la ley del lugar donde la letra ha sido endosada (art. 266); el aval se rige por la ley del lugar en que se presta (art. 268); la aceptación por intervención se rige por la ley del lugar en que el tercero interviene (art. 269).

1365. Si intentamos generalizar las cinco normas de conflicto enunciadas, podemos advertir que en todos los casos el punto de conexión es el lugar donde el obligado –librador, aceptante, endosante, avalista o tercero aceptante por intervención– contrajo la obligación cambiaria. Puede decirse entonces que la solución que da la Convención de la CIDIP I sobre letra de cambio, en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones resultantes de una letra de cambio o pagaré (art. 3), no difiere sustancialmente de la del CB, aunque indudablemente la técnica y la simplicidad son muy superiores en CIDIP I.

El CB –a diferencia de otros tratados internacionales en la materia– permite pactar la ley aplicable a las obligaciones cartulares, ya que el art. 264 dice "a falta de convenio expreso o tácito" y los arts. 265 y 266 hacen la misma salvedad por remisión. La admisión de la autonomía de la voluntad en materia cambiaria se encuentra discutida en la doctrina, por ejemplo no la considera adecuada Tenório, pero otros la apoyan con interesantes fundamentos (Grondona, Cunha).

1366. Los plazos y las formalidades para la aceptación, el pago y el protesto se rigen por la ley donde cada uno de esos actos se realiza, interpretación que hay que hacer del art. 270 del CB que dice "se someten a la ley local".

El CB contiene también una norma material (art. 267), que afirma la autonomía de las obligaciones cartulares, al disponer que la mayor o menor extensión de las obligaciones de cada endosante, no altera los derechos y deberes originarios del librador y el tomador. Hay que entender tomador como primer endosante del documento, es decir no en el momento en que es tenedor legitimado, sino cuando se convierte en obligado cambiario como consecuencia de haber endosado la letra de cambio.

La capacidad no está regulada en forma especial para las obligaciones cambiarias, por lo que se aplica la norma general del art. 7, que deja librado a los Estados parte la elección de la ley de la nacionalidad o del domicilio de la persona, en el caso de Brasil, la ley del domicilio (art. 7 LICC). Las normas analizadas se aplican al cheque sin ninguna salvedad o modificación (art. 271).

3. Los títulos valores en CIDIP

A) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (Panamá, 1975)

1367. La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, firmada en Panamá, el 30 de enero de 1975, CIDIP I, ratificada hasta el 1°/12/2002 por 14 Estados, en el MERCOSUR lo ha sido por Argentina, el 10/3/1983, Paraguay el 15/12/1976 y Uruguay el 25/4/1977 y de los Estados Asociados Chile la ha ratificado el 17/5/1976. Brasil no es aún parte en esta Convención, como tampoco Bolivia. Utiliza una técnica fundamentalmente conflictualista, claramente basada en los caracteres de estos títulos de crédito, en particular la autonomía de las obligaciones cartulares.

La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída (art. 1). Se ha seguido el criterio de los Estados Unidos de América al respecto y los de-

más países americanos han dejado de lado la ley del domicilio utilizada para regir la capacidad en general, en los cuatro países del MERCOSUR. Sin embargo la incapacidad que resulte de la ley del lugar donde se contrajo la obligación no prevalecerá en los Estados parte de la Convención cuya ley considerare válida la obligación (art. 1, segundo párrafo).

1368. La forma de todos los actos cambiarios se rige por la ley del lugar donde cada uno de esos actos se realice. La norma enumera el giro, endoso, aval, intervención, aceptación y protesto, es decir todos los actos cambiarios (art. 2). Se sigue aquí el criterio tradicional en materia de formas y de formas cambiarias en particular.

La norma medular de la Convención es el art. 3 que dispone: "Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas", donde también aparece claramente la autonomía de las obligaciones cartulares, porque cada obligación –la del librador, la del aceptante, la del endosante, etc.– se rige por la ley donde cada uno de ellos firmó la letra. Algún autor critica la solución y propone que la letra de cambio se rija en su totalidad por la ley del lugar de pago (Cunha). La jurisprudencia argentina ha aplicado la Convención sobre letra de cambio, en varios casos por analogía y en forma directa, por ejemplo, en el caso *"Arthur Martin s/quiebra s/ inc. de revisión por Sociedad Manufacturera de Electroartefactos"* (CNCom-C, 25/9/1990 confirma JNCom 7, sec. 14, 11/9/1989), en el que se trataba de un pagaré librado en Chile, garantizado con hipoteca sobre un inmueble en Argentina, en base al cual se solicitó la verificación del crédito en una quiebra que tramitaba en Argentina.

La autonomía aparece también claramente como fundamento del art. 4, que a través de una norma material resuelve que la invalidez de una obligación cambiaria, según la ley aplicable a la misma, no afecta la validez de las otras obligaciones cambiarias contraídas según la ley del lugar donde fueran suscritas. Es cierto que muchos derechos internos e incluso la Convención de Ginebra de 1930 sobre Ley Uniforme establecen esta solución aun en los casos internos, pero por ejemplo en materia de aval, el art. 32.2 de la Ley Uniforme y el art. 34.2 de la ley argentina disponen la invalidez de la obligación del avalista, si la obligación avalada es nula por un defecto de forma. Estas normas resultan inaplicables fren-

te al art. 4 de la Convención interamericana, que nos da la solución contraria: la obligación del avalista es válida aunque la obligación del avalado sea nula por un defecto de forma.

1369. Si no se consigna el lugar donde se suscribe una obligación, podrían suscitarse dificultades para determinar la ley aplicable. La Convención contempla esta circunstancia en el art. 5: "Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la ley del lugar de emisión". La norma pretende cubrir todas las posibilidades, ya que en última instancia una letra tendrá siempre lugar de emisión.

Tienen jurisdicción para entender en las controversias que se susciten en virtud de una letra de cambio, los tribunales del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a elección del actor (art. 8). Hay que interpretar que si se demanda a varias personas, el actor puede accionar ante los tribunales de cualquiera de los Estados donde estén domiciliados los demandados, como se interpreta en forma habitual y lo dispone en materia contractual el Protocolo de Buenos Aires de 1994 (art. 12). Se modifica la solución del art. 35 del TMDComTI de 1940, que no contempla la jurisdicción de los tribunales del lugar de cumplimiento, sino solamente la del domicilio de los demandados. Entendemos que la solución de la CIDIP I es muy preferible a la de Montevideo.

B) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques (Panamá, 1975 / Montevideo, 1979)

1370. Existen dos Convenciones de CIDIP sobre cheques: la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, aprobada en Panamá, el 30 de enero de 1975 (CIDIP I), ratificada al 1°/12/2002 por 9 Estados; en el MERCOSUR, Paraguay el 15/12/1976 y Uruguay el 25/4/1977 y de los Estados Asociados, Chile el 17/5/1976. Brasil no es parte en esta Convención, pues en 1994 adhirió directamente a la Convención de CIDIP II, como tampoco lo son Argentina y Bolivia.

En la segunda Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, firmada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979

(CIDIP II), son parte al 1°/12/2002, Brasil quien la ratificó el 17 de marzo de 1994, Paraguay, el 16/8/1985, Uruguay, el 15/5/1980, y Chile, el 6/9/1996, entre 8 países de la OEA.

Argentina no adhirió a ninguna de las Convenciones sobre cheques y no parece probable que lo haga, porque entiende que todas las cuestiones referidas al cheque deben regirse por la ley del domicilio del banco girado, tal como se encara la cuestión en la dimensión autónoma (art. 3 de la Ley de cheques N° 24.452 de 1995). Pardo, uno de los delegados argentinos en CIDIP II, sostuvo esa posición y ese mismo motivo determinó un dictamen negativo a la aprobación de la Convención sobre cheques en el expediente tramitado en el entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a comienzos de la década de 1980.

1371. La Convención de 1975 no tiene mayor interés entre países del MERCOSUR, porque los únicos Estados parte en esta Convención, que no han ratificado la Convención de CIDIP II, son Costa Rica, Honduras y Panamá. Por lo tanto la Convención de CIDIP I será aplicada por Paraguay y Uruguay solamente en relación con los tres países centroamericanos mencionados, pero no con relación a otros miembros del MERCOSUR.

La Convención firmada en Panamá tiene un solo artículo (art.1, además de las cláusulas generales de toda convención) que dispone la aplicación a los cheques de las normas de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, firmada en Panamá, el 30 de enero de 1975, con excepción de algunas cuestiones que se someten a la ley del Estado donde el cheque debe pagarse. Estas cuestiones son: el término para la presentación, la posibilidad de que el cheque sea aceptado, cruzado, certificado, confirmado y los efectos de esas operaciones; los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza; los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago; la necesidad de protesto u otro acto para conservar los derechos contra los endosantes y el librador y las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque. Como puede advertirse el art. 1 de la CIDIP I mantiene idéntica la solución del TMDCom-TI de 1940 (art. 33).

1372. Como consecuencia de la remisión a las normas de letra de cambio, la capacidad para obligarse por medio de un cheque se rige por la ley del lugar donde se contrajo la obligación (art. 1), los requisitos formales del libramiento y de cada uno de los actos cambiarios, la validez intrínseca y efectos de las obligaciones del librador y demás obligados cambiarios, se rigen también por la ley del lugar donde se contrajo la obligación (arts. 2 y 3). Se aplica también al cheque el art. 4 de la Convención sobre letras de cambio, habitualmente referido como *favor negotii*, en la formulación amplia que recibe en esta Convención y la calificación del art. 5 de "lugar donde se contrajo la obligación" contenida en la Convención de la CIDIP I sobre letra de cambio.

Entendemos que la capacidad del tenedor se rige por la ley que resulte aplicable según las normas generales de DIPr del lugar de pago, que entre los países del MERCOSUR es la ley del domicilio del tenedor. Esto en razón de que el tenedor no es obligado cambiario, por lo que la regla *locus* del art. 1 de la Convención sobre letra de cambio es inaplicable, además de la imposibilidad de determinar el lugar donde contrajo la obligación, porque no contrajo ninguna.

Lo que es más problemático es la ley llamada a decidir si el tenedor se encuentra legitimado cambiariamente. ¿Habrá que aplicar en forma sucesiva las leyes de los lugares donde se realizaron los endosos (art. 3 Convención sobre letra de cambio), o será necesario recurrir para otros aspectos de la legitimación a la ley del lugar de pago, normalmente domicilio del banco?

1373. La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, firmada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, sustituye a la anterior (art. 13. 2), siempre que se pretenda aplicarla a cheques que tienen conexión con dos o más Estados ratificantes de la Convención de 1979. Podemos decir que en líneas generales la aplicación de la nueva Convención no conduce a soluciones diferentes de las que resultan de la aplicación de la Convención de 1975, pero la diferencia radica en que en CIDIP II se eliminó la remisión a la Convención de letra de cambio.

La capacidad para obligarse por medio de un cheque se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída (art. 1). La forma de todos los actos jurídicos que puedan materializarse en el cheque se rige por

la ley del lugar en cada uno de los actos se realice (art. 2). La mención expresa del aval en esta norma fue un punto debatido en la Conferencia, ya que por tratarse de una orden de pago, hay legislaciones que no admiten el aval en el cheque. La validez intrínseca y los efectos de las obligaciones del librador y demás obligados cambiarios, se rigen también por la ley del lugar donde se contrajo la obligación (art. 3).

1374. La autonomía aparece también claramente como fundamento del art. 4, que a través de la misma norma material que contiene la Convención sobre letra de cambio, resuelve que la invalidez de una obligación cambiaria, según la ley aplicable a la misma, no afecta la validez de las otras obligaciones cambiarias contraídas según la ley del lugar donde fueran suscritas. Hay que advertir que este principio tiene una formulación más amplia en CIDIP que en otras Convenciones, ya que se aplica tanto con relación a la capacidad y a la forma, como a la validez intrínseca, incluso durante la Conferencia se cambió la ubicación de esta norma con esa finalidad, de acuerdo a la propuesta que formuló el delegado de Argentina W. Goldschmidt (Opertti).

Si no consta en el cheque el "lugar donde se contrajo la obligación" o donde se realizó el acto jurídico materializado en el cheque, el art. 5 de la Convención de 1979, a través de una calificación, lo determina en el lugar de pago o en su defecto en el lugar de emisión del cheque. En cuanto a los aspectos regidos por la ley del lugar en que el cheque debe pagarse, se agregan a los indicados en el art. 33 del TMDComTI de 1940 y en la Convención de la CIDIP I (art. 1) la naturaleza del cheque –es decir la calificación del documento como cheque, adoptando el criterio de la *lex civilis causae*, habitual en materia de títulos de crédito– y las modalidades del cheque y sus efectos.

IV. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

1375. Argentina carece de una regulación integral o general de los títulos valores, por lo que cada uno de los distintos títulos tiene su normativa

por separado. En materia de letra de cambio y pagaré, a pesar de que Argentina no ratificó ni adhirió a ninguna de las Convenciones de Ginebra de 1930, sancionó en 1963 el Decreto-Ley N° 5965/1963 sobre letra de cambio y pagaré, que sigue la Ley Uniforme, en la versión de la ley italiana, pero carece de normas de conflicto. En el mismo año se sancionó una ley de cheque, aprobada por Decreto-Ley N° 4776/1963 (derogada en 1995), que adopta también el modelo de Ginebra de 1931 y contiene una norma de conflicto (art. 1.2). La Ley de cheques vigente en Argentina, Ley N° 24.452 de 1995, modificada por la Ley N° 24.760 de 1996 (art. 11), mantiene las normas de la Ley Uniforme y la norma de conflicto (art. 3).

Las facturas de crédito están reguladas por la Ley N° 24.760 de 1996, que fue modificada por la Ley N° 24.989 de 1998 y por Decreto N° 1002/2002 del 12/6/2002 (*BO*, 13/6/2002). A diferencia del amplio uso que recibe en Brasil la *duplicata*, la factura de crédito no ha logrado incorporarse en la realidad del comercio argentino, las leyes anteriores sobre "facturas conformadas" no han tenido prácticamente aplicación. La Ley N° 24.760 de 1996 estableció en forma obligatoria la utilización de la factura de crédito, cuando se difiere el pago de las mercaderías vendidas o de los servicios prestados. La Ley N° 24.989 de 1998 eliminó el carácter obligatorio de este título de crédito, que ahora es facultativo.

1376. El Decreto-Ley N° 5965/1963, ratificado por Ley N° 16.478, que regula la letra de cambio y el pagaré o vale carece de normas indirectas que determinen la ley aplicable a los distintos aspectos de una letra de cambio internacional. La norma de conflicto contenida en el art. 738 del CCom (1889), fue derogada por el mencionado Decreto-Ley, sin que fuera sustituida por otras normas de DIPr. Probablemente la omisión obedezca a que en el sistema de Ginebra, las normas de DIPr están contenidas en otro tratado, la Convención sobre conflicto de leyes en materia de letra de cambio y pagaré a la orden, por lo que cuando se modificaron las normas del Código de Comercio, por medio del Decreto-Ley N° 5965/1963, siguiendo la Ley Uniforme de Ginebra, se olvidaron las normas de conflicto. Por otra parte las normas de conflicto de Ginebra nunca podrían haberse adoptado en el DIPr argentino, ya que como hemos visto, Ginebra rige la capacidad para obligarse cambiariamente por la ley de la nacionalidad.

1377. Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia argentinas postularon como solución para los casos de letras de cambio y pagarés provenientes de países no ratificantes de los Tratados de Montevideo, la aplicación analógica de las normas indirectas contenidas en el TMDComTI de 1940 –arts. 23 a 32 y 34 y 35– (Goldschmidt, Kaller de Orchansky, Boggiano, Aparicio). Ya hoy no puede decirse que exista otro criterio para suplir la laguna, como era el sostenido por Smith y Pardo en la década de 1960, que recurrían a las normas de conflicto sobre contratos (arts. 1209 y 1210 CC) que son totalmente inadecuadas por la naturaleza de los títulos de crédito y el carácter unilateral de las obligaciones cartulares.

Claro que a partir de la entrada en vigencia para Argentina de la Convención interamericana sobre letra de cambio, las normas de los arts. 23 a 35 del TMDComTI de 1940, han dejado de ser aplicables con relación a Argentina, Paraguay y Uruguay, ya que los tres países son ratificantes de la Convención de la CIDIP I sobre letra de cambio. No parece difícil advertir que para solucionar la laguna normativa de la dimensión autónoma, debe recurrirse a las normas indirectas contenidas en la Convención interamericana de letra de cambio. Se trata de la Convención más actual de la cual Argentina es parte en esta materia, sus normas guardan suficiente proximidad analógica y por último hay que tener en cuenta que si no aplicamos el TMDComTI de 1940 a las letras de cambio y pagarés conectados con Paraguay y Uruguay, sería absurdo aplicarlo con los países no ratificantes.

1378. Por ende, la Convención sobre letra de cambio de 1975 resulta aplicable para cubrir la laguna normativa existente en el derecho internacional privado de fuente interna, a partir de la sanción del Decreto-Ley N° 5965/1963, que carece de normas indirectas sobre la materia. Así lo han resuelto varios fallos de primera instancia "*Komatsu Brasil S.A. c/ Sportorno*" (1984) "*Productex S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación por Banco de Crédito Argentino S.A.*" (1986 y 1988), "*Banco do Brasil c/ Astilleros Corrientes*" (1986), "*Hydrosa Trading Limitada c/ Pinal Pharma S.A.C.I. y F*" (1994); "*Veresit S.A. le pide la quiebra: K.D. Feddersen & Co.*" (1993), que ya hemos mencionado al referirnos a los Tratados de Montevideo de 1940.

Incluso debe utilizarse el art. 8 de la Convención interamericana para determinar la jurisdicción internacional en letra de cambio y pagaré, ya que tampoco existe una norma específica sobre el tema, en fuente interna. Por las mismas razones expuestas con respecto al derecho aplicable, resulta más adecuado recurrir a esta Convención que utilizar las normas de jurisdicción en materia de contratos (arts. 1215 y 1216 CC) o el art. 35 del TMDComTI de 1940.

1379. Boggiano sostiene que sería más adecuado colmar las lagunas del DIPr autónomo con las normas materiales ginebrinas, que con las normas de conflicto de Montevideo de 1940, porque por esa vía se respeta el espíritu de las Convenciones de Ginebra que nuestro legislador quiso insuflar al derecho argentino. Concluye que si el título internacional se vincula a países ratificantes de la Convención de Ginebra, podríamos aplicar las normas materiales argentinas –adaptadas a la Convención–, de lo contrario habría que recurrir a las normas de conflicto del Tratado de Montevideo. Agrega que si en la órbita de Ginebra se presentan conflictos, aun jurisprudenciales, debe resolvérselos aplicando las normas de colisión del Tratado de Montevideo de 1940.

La manera en que se expresan estas reflexiones puede llevar a pensar que Boggiano propone la aplicación de la Ley Uniforme de Ginebra, aunque Argentina no sea parte en la Convención, por el solo hecho de que la legislación de fondo ha adoptado ese modelo. Pensamos que esta no es realmente su opinión, pues si sólo aplica la Ley Uniforme de Ginebra con relación a los países ratificantes, es porque la norma de conflicto que él utiliza –del TMDComTI de 1940– lo conduce al derecho de un país ratificante de la Convención y por ende la aplica, porque integra el orden jurídico de ese Estado. Además, esto se confirma en relación con las distintas interpretaciones que han hecho de la Ley Uniforme los tribunales nacionales: en este punto también acude a las normas de conflicto. En suma, entendemos que la postura de Boggiano conduce a la aplicación de la Ley Uniforme de Ginebra cuando las normas de conflicto remiten al derecho de un país ratificante de la misma. Lo que no puede compartirse en modo alguno es la omisión de toda consideración a la vigencia en Argentina de la Convención interamericana sobre letra de cambio y seguir refiriéndose al TMDComTI de

1940 en materia de letra de cambio, como si resultara aplicable en la actualidad.

1380. Con relación al cheque, el art. 3 de la Ley de cheques, aprobada por Ley N° 24.452, anexo 1, única norma de DIPr de la dimensión autónoma en la materia, dispone la aplicación de la ley del domicilio del banco girado a todos los aspectos del cheque, norma que mantiene el criterio del art. 1, 2° párrafo del Decreto-Ley N° 4776/1963, que establecía que "el domicilio del banco contra el cual se libre el cheque (girado) determina la ley aplicable". La aplicación al cheque de la ley del domicilio del banco girado ha sido receptada invariablemente por la jurisprudencia del fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires, aplicación que se realiza de oficio. Hay que señalar especialmente los casos *"Pican, Jovo c/ Scoufalos, Antonio"* (CNCom-B, 16/5/1969, especialmente el dictamen del Fiscal de Cámara, *ED*, 29-665), *"Rodhia Argentina S.A. y otro c/ Polisecki, Jorge Bernardo s/ ejec."* (CNCom-E, 11/10/1988 y JNCom 10, sec. 20, *ED*, 132-113), *"Tavobe c/ Cullen"* (JNCom 7, sec. 14, 4/5/1988, firme), sentencia que fue seguida por muchos otros fallos, entre ellos *"Postigo Mantencón c/ Gorostiza"* (CNCom-D, 25/10/1991 y JNCom 5, del 22/7/1991, *ED*, 146-410), *"Casa Piano S.A. c/ Dieffenbacher"* (JNCom 10, sec. 19, 30/6/1993, firme, expediente 51.422), y *"Aeroflot c/ Alchoholad Boye"* (CNCom-D, 13/5/1999, *ED*, fallo 50.128).

La doctrina argentina sigue la misma línea de la jurisprudencia y también sostiene como ley más adecuada para regir el cheque, la del domicilio del banco girado, sin perjuicio de las salvedades que efectúan algunos autores en cuanto a la capacidad para obligarse por un cheque o en relación con los endosos (Pardo y Goldschmidt).

1381. No existen normas de jurisdicción internacional en materia de cheque en la dimensión autónoma. Se considera que la laguna existente en las normas de fuente interna debe ser suplida aplicando por analogía (art. 16 del CC) el art. 35 del TMDComTI de 1940, por ser la norma que mayor proximidad analógica presenta (Boggiano). Quienes no comparten este criterio acuden a las normas de jurisdicción internacional en materia de contratos, contenidas en los arts. 1215 y 1216 del CC, que atribuyen también jurisdicción a los jueces del domicilio del demandado,

concurrentemente con los del lugar de cumplimiento del contrato. En algunos fallos se ha aplicado el art. 5.3 CPCN –a pesar de tratarse de una norma de competencia territorial interna– lo que conduce a otorgar jurisdicción a los jueces del lugar de cumplimiento del contrato, es decir del domicilio del banco girado y a los jueces del domicilio del demandado.

1382. Puede decirse que en el sistema de DIPr argentino, cualquiera sea la norma que se aplique, se considera que tienen jurisdicción internacional para entender en la ejecución de un cheque los jueces del domicilio del banco girado y los del domicilio de cualquiera de los demandados. Este criterio es seguido desde hace mucho tiempo por el fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires, en los casos *"Pican c/ Scoufalos"* (CNCom-B, 16/5/1969, *ED*, 29-665), *"Lagos c/ Vays"* (CNCom-B, 30/10/1985 y JNCom 7, sec. 13), *"Maciel c/ Ferrari"* (JNCom 10, sec. 19, octubre de 1991), *"Casa Piano S.A. c/ Dieffenbacher"* (JNCom 10, sec. 19, 30/6/1993, exp. 51.422, firme), *"Seibel c/ Trachter"* (JNCom 10, sec. 19, diciembre de 1994, firme, exp. 54.238), entre otros.

No se ha considerado aplicable en la esfera internacional el plenario *"Reynoso c/ Lima de Echeverría"* (CNacCom, 10/5/1980, *LL*, 1980-B-581), que resolvió que de acuerdo al art. 1, tercer párrafo del Decreto-Ley N° 4776/1963, actualmente art. 3 de la Ley N° 24.452, tienen competencia para entender en la ejecución de un cheque, los jueces del domicilio del banco girado y no los del domicilio del demandado. El plenario no es aplicable a los cheques extranjeros, pues resuelve el tema de la competencia territorial interna y no contempla un caso internacional y así lo ha entendido la jurisprudencia, pues con posterioridad al dictado del plenario "*Reynoso*" la justicia comercial ha continuado aplicando la doctrina del fallo "*Pican*".

1383. La Ley N° 24.760 de 1996, con la reforma de la Ley N° 24.989 de 1998, establece que podrá emitirse un título valor denominado "factura de crédito" cuando ambas partes se domicilien en el territorio nacional, o en caso de convenios o tratados internacionales, dispongan la adopción del régimen (art. 2.b), es decir cuando alguna de las partes no se domicilia en el territorio nacional. Se trata de una norma que, de una manera bastante confusa, intenta determinar el ámbito de aplicación espacial de

ley argentina sobre factura de crédito. Se han propuesto distintas interpretaciones (Schötz), pero no existen casos que apliquen esta norma.

Hay que tener en cuenta que la Convención interamericana sobre letras de cambio, establece que se aplica "también a las facturas entre Estados parte en cuyas legislaciones tengan el carácter de documentos negociables" (art. 10). Argentina declaró ante la Secretaría General de OEA que la factura conformada (Decreto-Ley N° 6601/1963) –régimen anterior a la factura de crédito– es documento negociable en el derecho argentino, pero ningún otro país de los ratificantes de la Convención ha formulado declaración similar.

2. Brasil

1384. Para analizar la situación de los títulos valores en Brasil, debemos primero esclarecer la legislación en vigor. En lo que se refiere a las letras de cambio, pagarés y facturas, está vigente la legislación uniforme contenida en la Convención de Ginebra de 1930, como antes ha quedado dicho. Por su parte, el cheque es tratado de forma separada, siendo regulado por las respectivas Convenciones de Ginebra que disciplinan ley uniforme y normas de conflicto. Además de eso, más recientemente fue elaborada una consolidación de la materia del cheque, mediante la Ley N° 7357/1985. En esta ley, el art. 53 expresamente remite la cuestión de los conflictos de leyes a las normas presentes en las convenciones en vigor en Brasil.

En el plano regional, como es de sobra conocido, Brasil no es parte de los Tratados de Montevideo. Sin embargo, el Código Bustamante y la Convención interamericana sobre cheques de la CIDIP II están en vigor, sin que haya incompatibilidad entre esos textos y el ordenamiento jurídico brasileño. También es de resaltar que el Congreso de Brasil rechazó la aprobación de la Convención interamericana sobre letras de cambio de 1975, por lo que, en este tema, sólo tienen vigencia el CB y la citada Convención de Ginebra.

1385. La LICC, que regula la mayor parte de los temas de DIPr en Brasil, no se refiere de forma específica a los títulos de crédito. Se aplica, en lo referido a la obligación contractual (en lo que pueda tener algo que

ver), el art. 9, que regula los contratos internacionales, y la regla general *locus regit actum.*

1386. En cuanto a las letras de cambio, debe notarse que el principio *locus regit actum* existe en Brasil desde las primeras reglamentaciones sobre títulos de crédito. La Ley N° 2044, de 1908, disponía en su art. 42 sobre la ley aplicable a la capacidad para obligarse mediante letra de cambio, escogiendo para eso también el punto de conexión del lugar del acto, al reconocer la validez de las declaraciones hechas por extranjero, con capacidad según la ley brasileña aunque sea incapaz según su propia ley. En el art. 47 sigue apareciendo la misma regla, al determinar que la sustancia, los efectos, la forma y los medios de prueba de la obligación cambial se regulan por la ley del lugar donde la obligación fue firmada. Esa situación no fue modificada por los tratados ratificados –CB y Convención de Ginebra de 1930–, que coexisten con la Ley N° 2044 en el plano interno, ya que ambos tratados se aplican solamente a los casos vinculados con Estados contratantes, mientras que la ley continúa rigiendo las situaciones conectadas con los demás países. Además de eso, la Convención de Ginebra fue adoptada con reservas de algunos de sus artículos, y para los supuestos cubiertos por esos artículos, también resulta aplicable la Ley N° 2044.

Cabe repetir el curioso dato de que, dentro de las Américas, la Convención de Ginebra sólo rige en Brasil. En los demás países del MERCOSUR, en cambio, están vigentes los Tratados de Montevideo y la Convención interamericana que sustituye las reglas de aquéllos referidos al mismo tema. De este modo, la materia recibe interpretaciones divergentes. En caso de conflicto, Brasil adoptará los principios contenidos en los arts. 42 y 47 de la Ley N° 2044. Surge, de forma cristalina, la necesidad de propender a la armonización de la regulación en este tema en el ámbito del MERCOSUR.

1387. La *duplicata* (letra descontada) no debe confundirse con la factura comercial típica de la compraventa mercantil, ya que en Brasil no existe la figura de la factura protestada, que se menciona en la Convención interamericana. Debe notarse que, en cambio, el derecho brasileño permite que el comerciante, después de efectuada determinada venta, extienda, además de la factura, una *duplicata,* que es un título de crédito

formal, con todas sus características, inclusive la circulación por medio de endoso y la cobranza por proceso de ejecución. Se restringe, sin embargo, la *duplicata* a la circulación doméstica, visto que el art. 1 de la Ley N° 5474/1968 restringió la emisión de *duplicata* a los contratos de compraventa mercantil realizados entre partes domiciliadas en el territorio brasileño, sujetándose de esta forma siempre a la ley brasileña. Según R.T. Cunha, esta restricción del uso de la *duplicata* en los contratos internacionales no se constituyó en fuente de problemas porque no es costumbre la utilización de la factura protestada en esos contratos, sino de letras de cambio, libradas por el exportador contra el importador.

1388. Con relación al cheque, la regla *locus* es el principal punto de conexión utilizado por las leyes y convenciones en vigor. Sin embargo, la única excepción a su aplicación se produce en lo que se refiere a la capacidad de un individuo para obligarse en virtud de un cheque. Esto es así porque el art. 2 de la Convención de Ginebra prevé la aplicación de la *lex patriae* o de la ley indicada por la legislación nacional del librador. En el caso de Brasil, según Daniela Vargas, como la ley brasileña declara competente la *lex domicilii* para regir la capacidad, deberemos aplicar la ley del domicilio para los brasileños y extranjeros aquí domiciliados. En compensación, la Convención interamericana de 1979 sobre cheques determina la aplicación de la *lex loci actus* como ley aplicable a la capacidad para librar un cheque. Así tenemos un potencial conflicto, ya que según la Convención de Ginebra la ley aplicable a la capacidad es la del domicilio del librador, mientras que para la Convención interamericana rige el mismo tema la ley del lugar de emisión del cheque. Actualmente, ambas están en vigor en Brasil, aunque el cuadro de Estados parte no es coincidente.

1389. En el campo de la jurisprudencia los tribunales brasileños se han referido a la materia algunas veces. El primer problema surgió respecto de la propia aplicación de las normas de las Convenciones de Ginebra, frente a su incompatibilidad con leyes posteriores, habiendo decidido el STF que era aplicable la más reciente manifestación del Congreso nacional (RE 80.004, ya citado). Más allá de eso, las Convenciones de Ginebra están siendo aplicadas no sólo a los títulos específicos de que tratan,

sino también a los títulos de crédito en general, en lo que respecta a sus normas generales, como es el caso de los plazos de prescripción (al respecto puede verse RESP. 5449-SP, de 1991, de STJ, que aplica los arts. 70 y 71 de la Ley Uniforme a una cédula de crédito industrial, desplazando la regla del derecho común, art. 176.1 CC brasileño).

3. Paraguay

1390. El CC paraguayo se refiere a la ley aplicable a los derechos de créditos en un sólo artículo, el 17, cuya fuente es el art. 33 del TMDCI de 1940, y que expresa:

> "(...) los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si éste no pudiere determinarse se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición se reputarán situados en el lugar donde se encuentren".

Esta disposición es abiertamente limitada por la variedad de actos que involucran los títulos de crédito, por lo que el vacío se cubre por medio de las disposiciones de nivel convencional que orientan las soluciones posibles.

1391. Los títulos de crédito más utilizados son el cheque bancario, el pagaré, las letras de cambio y las facturas, de los cuales se han ocupado la CIDIP I y CIDIP II. El cheque bancario está reglado en el CC (Ley N° 1183/1985), regulación que fue modificada por la Ley N° 805/1996. Respecto de la letra de cambio, la normativa la encontramos también en el CC, que en el art. 1298 establece cuáles son los requisitos que la letra de cambio debe contener. En cuanto al pagaré, aparece regulado en los arts. 1535 y ss. del mismo Código.

4. Uruguay

1392. Dentro del cuadro de categorías del DIPr nacional (el cual se aplica sólo cuando no existiere tratado: art. 1 Convención interamerica-

na sobre normas generales de DIPr), se entiende que los títulos valores se pueden calificar como "actos jurídicos" y por lo tanto se regulan por el régimen general del art. 2399 CC. Ello vale como regla general en relación con aquellos aspectos no regulados específicamente por una ley especial (la regulación nacional específica de los títulos valores está dada fundamentalmente por la Ley N° 14.701 y por la Ley N° 15.226, la de los cheques por la Ley N° 14.412, y la del mercado de valores por la Ley N° 16.749). Conforme dicho régimen general, la ley aplicable a un título valor en cuanto a acto jurídico sería la del lugar de su cumplimiento. Para la mayoría de los títulos valores (vale, conforme, pagaré o equivalentes), el lugar de cumplimiento es el lugar de pago de la obligación pecuniaria contenida en el título valor. Si el lugar de pago está determinado expresamente en el documento constitutivo del título el punto no ofrece dificultades. Si el lugar de pago no estuviera pactado explícitamente, deberíamos ir a las reglas de interpretación del punto de conexión "lugar de cumplimiento" a las que se remite el propio art. 2399, o sea el art. 34 del TMDCI de 1889 que nos remite al domicilio del deudor (de la prestación típica o caracterizante del contrato), es decir, de quien debe pagar la suma de dinero expresada en el título, al tiempo de contraerse la obligación. Las reglas sobre jurisdicción competente también son las generales del Apéndice del Código Civil, pudiendo optar el actor entre el tribunal del Estado cuyo derecho es aplicable o el tribunal del domicilio del demandado (art. 2401).

1393. Algunos autores, no obstante, no recurren a la categoría general de "actos jurídicos" sino que siguen una vía diferente de razonamiento. En una consulta profesional inédita (de fecha 5/11/1986), los Doctores Ronald Herbert y Marcelo Solari, han emitido opinión acerca de un caso en el que la cuestión era determinar cuál era el tribunal competente para entender en una reclamación sumaria contra una firma domiciliada en Uruguay, basada en un documento internacional de adeudo emitido en nuestro país, que podía ser calificado como vale o pagaré, pero de cuyo texto no surgía cuál era el lugar de pago de la cantidad documentada. En dicha opinión se sostiene que si se calificara el documento como vale o pagaré, las fuentes aplicables serían el TMDCI de 1940, arts. 32 y 56, conforme a los cuales serían competentes los jueces del do-

micilio del demandado a la fecha en que se obligaron, o la Convención de Panamá sobre letras, facturas o pagarés, que deja librado al actor optar por los tribunales del lugar donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado. Los profesores consultados aplican estas fuentes internacionales por vía analógica o como doctrina más recibida, al no existir en ese momento norma expresa de fuente nacional. Concluyen que el domicilio del demandado es la pauta directriz en cuanto a la competencia internacional y que en el caso consultado desaparece la opción por los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación, porque éste se desconoce. Subsiste la opción por los tribunales del domicilio del demandado o los del lugar de emisión, solución subsidiaria basada en la interpretación extensiva del art. 5 conjuntamente con el 8 de la Convención de Panamá, que contempla el espíritu de dicha norma en cuanto a facilitar el ejercicio de los derechos del acreedor. Si el documento no se calificara como vale o pagaré sino como acto jurídico, se aplicaría el art. 40 del TMDCI de 1940 por no existir lugar de cumplimiento y el 56, por lo que resultarían competentes los jueces del lugar de celebración o, a opción del actor, los del domicilio del demandado.

1394. Como dijimos, además de las normas generales aplicables, existe una normativa especial sobre los títulos valores que regula aspectos específicos de los mismos. Así, los títulos valores creados en el extranjero tendrán en Uruguay la consideración de títulos valores a condición de que llenen los requisitos establecidos por la ley uruguaya (art. 30, Ley N° 14.701). Con respecto a los cheques, la Ley N° 14.412 regula al cheque internacional por la ley del banco girado. Agrega que el domicilio del titular de la cuenta registrado en el banco constituye domicilio especial a todos los efectos derivados de la creación del título (art. 20). Eventualmente podrían no coincidir el domicilio del banco girado y el lugar de pago, ya que el domicilio del banco girado no es una enunciación esencial del cheque y la ley dispone que si ésta se ha omitido el cheque será pagadero en el establecimiento principal de dicho banco en Uruguay (art. 5.1). El cheque debe sí especificar el lugar de pago (art. 4.3), pero éste puede ser distinto al del domicilio del banco, hipótesis que implica la designación de una tercera persona, distinta del girado, para efectuar el pago (García Altolaguirre).

1395. Las normas antedichas sobre legislación aplicable y jurisdicción competente no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que la ley competente lo autorice (art. 2403). Dicha disposición tiene una excepción expresa en lo referente a la emisión de obligaciones negociables cuando la oferta sea internacional. Esta excepción fue consagrada por la Ley N° 16.749, que regula el mercado de valores. La misma contiene una serie de disposiciones materiales, y una norma de DIPr que deja librada la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente a la voluntad del emisor, siempre que en la emisión se deje expresa constancia de su oferta internacional. Los valores pueden ser o no objeto de oferta pública (art. 46). Esta es una solución de excepción en el DIPr uruguayo, que se inscribe dentro de la autorización del art. 2403 del Apéndice del CC *in fine* (ver al respecto Cap. 25.V.4). Es la primera vez que una ley de fuente nacional establece la posibilidad de elegir la ley aplicable y la jurisdicción competente (Herbert). Cabe señalar que se trata de la voluntad de una sola de las partes –la del emisor– y no de "las partes", como establece el art. 2403, y como en general lo hacen la doctrina y el derecho comparado con relación a la autonomía de la voluntad. Es decir que la posibilidad de elegir la ley aplicable la tiene el emisor, no el tenedor. Pero es necesario precisar que esta autorización excepcional se limita a la obligación que asume el emisor del valor, respecto al bien o derecho transferible. Todo lo que refiere a la organización del mercado de valores y a la compra de valores en sí misma considerada, se regula por la normativa material preceptiva establecida en la ley (Herbert).

Con respecto a la jurisdicción, el inc. 2 del art. 46 reconoce a los tenedores el derecho a "elegir en todo caso la jurisdicción del domicilio del emisor". Esta facultad no otorga al tenedor la libertad de elegir libremente la jurisdicción que más le convenga. Por ejemplo, en la hipótesis de que el emisor sea una empresa domiciliada en el extranjero, que coloca obligaciones en nuestra plaza, habiendo optado por la jurisdicción de sus propios tribunales, y esas obligaciones sean adquiridas por un tenedor-inversor domiciliado en nuestro país, este último sólo podrá reclamar ante los tribunales extranjeros elegidos por el emisor extranjero, que coincide con los del domicilio de éste.

1396. En cuanto al ámbito de aplicación material del art. 46, éste no comprende todos los títulos valores posibles sino sólo los incluidos en la definición autárquica del art. 7: "los bienes o derechos transferibles, incorporados o no a un documento, que cumplan con los requisitos que establezcan las normas vigentes" y "los valores de oferta pública, así como los de oferta privada emitidos en serie", los cuales pueden "representarse por medio de títulos o registrarse mediante anotaciones en cuenta, denominándose en este caso valores escriturales". Y el art. 46 agrega una condición adicional para que valga la autorización de establecer libremente ley y jurisdicción competente y es la de que en su texto se deje expresa constancia de su oferta internacional. Es decir que el factor de internacionalización previsto en la ley es la oferta internacional y para que opere la autorización excepcional que la ley otorga al emisor de valores de elegir ley y juez, debe dejarse constancia de su oferta internacional.

Esto implica que el factor de internacionalización es que el lugar de emisión y el de comercialización estén en Estados diferentes. Son irrelevantes a los efectos de la internacionalización de la relación jurídica, dónde tienen su domicilio las partes, su nacionalidad, etc. Cabría dentro de la previsión de la ley, la hipótesis en que un inversor uruguayo adquiriera un valor emitido en Uruguay en un mercado extranjero, aunque el emisor y el tenedor del valor se domiciliaran en el Uruguay. En ese caso, y siempre que se hubiera cumplido con el requisito de la constancia de oferta internacional, sería válida la cláusula de elección de ley y juez (Holz). Si no se da el factor de internacionalidad previsto en la ley, estaríamos ante relaciones domésticas o nacionales, y no operaría la autorización excepcional de elegir ley y juez. En tal caso, "estamos en presencia de materia comercial y contractual, de derechos disponibles, y de una relación con vocación internacional" (Herbert).

1397. En los casos en que emisión y colocación se hagan en Uruguay, estamos ante una relación jurídica contractual nacional, por lo que no corresponde la autonomía; admitirla sería inconstitucional (Aguirre, Tellechea). Si la emisión y la colocación ocurren en el extranjero, "somos ajenos al problema y el art. 46 no juega". La situación prevista por el legislador, según surge de los antecedentes legislativos, parece ser la del emisor uruguayo que coloca valores en el extranjero, procurando captar

así inversiones necesarias para su quehacer empresarial. En esa hipótesis, el emisor uruguayo puede optar por elegir la ley y los tribunales del Estado en cuya plaza financiera va a colocar los valores, conforme al art. 46, con el fin de hacer más atractiva la inversión para el tenedor extranjero. Pero adviértase que también cae indubitablemente en el ámbito de aplicación de esta norma la situación en que la emisión se hace en el extranjero, pero la colocación tiene lugar en Uruguay. Es particularmente aquí donde puede resultar inconveniente la solución del art. 46, porque en caso de incumplimiento, los tenedores –inversores uruguayos– deberán someterse a las leyes y los tribunales elegidos por la entidad emisora extranjera (aunque no puede descartarse que la ley extranjera sea más beneficiosa para sus intereses). Si esta situación no fue querida por el legislador –lo cual no surge de los antecedentes– debió ser excluida expresamente.

1398. La definición de "valores" del art. 7 incluye las "acciones", las cuales confieren derechos societarios al accionista, conforme con el respectivo estatuto. No obstante es discutible que las mismas se encuentren incluidas en el régimen excepcional del art. 46. Como valores representativos del capital integrado de la sociedad, se rigen por la *lex societatis*; ésta, como ley especial, debe primar sobre la general, por lo que hubiera sido más conveniente excluir expresamente las acciones societarias del ámbito de aplicación del art. 46 (Herbert). En materia de sociedades, nuestro DIPr tanto autónomo (art. 192 y ss. de la Ley N° 16.060 de sociedades comerciales) como internacional (Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, de la CIDIP II) consagra la solución legal preceptiva: las sociedades constituidas en el extranjero se regulan, en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose por tal la del Estado donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para su creación.

A su vez el TMDCI de 1940, en su art. 10 establece que "Las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales se rigen por la ley del Estado en donde estas emisiones o negociaciones se lleven a efecto". Significa que tanto la emisión como la negociación de las acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales se rigen por la *lex loci actus*. Enten-

demos que esta norma especial no ha sido derogada por la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles, por ser dicho art. 10 compatible con las disposiciones de la Convención interamericana posterior (art. 30.3 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados) (Solari). La materia que regula la norma del art. 10 es de naturaleza territorial por cuanto compromete los controles de cada Estado en su propio interés y en el de los terceros (Opertti).

1399. En cuanto a su ámbito espacial de aplicación, el art. 46 de la Ley N° 16.749 se aplica con relación a la determinación de la competencia legislativa y judicial en materia de valores, cuando los Estados involucrados en la relación jurídica no estén vinculados por un tratado o convención internacional (art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr y art. 524 del CGP): sólo a falta de tratado internacional vinculante entre los Estados involucrados y sobre la materia de que se trata, se aplica el DIPr autónomo. Si hay tratado debe aplicarse éste. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, ratificada por Uruguay por Ley N° 16.173 del 30/3/1991, establece en su art. 27.1: "(...) un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". Los tratados son normas especiales que se aplican estrictamente a los supuestos de aplicación previstos en los mismos (Herbert). No se trata por tanto de dilucidar el problema de las jerarquías de las normas autónomas o convencionales, sino de determinar el ámbito de aplicación espacial, material y temporal de cada una de ellas (Olivera).

Además de las limitaciones que surgen del ámbito de aplicación material y espacial de la norma, cabe señalar que existen límites a la autonomía de la voluntad consagrada en el art. 46 que operan en virtud de los principios generales del DIPr. Así, cabe señalar dos, particularmente relevantes en la materia objeto de este análisis: el orden público internacional (con el alcance dado por la Declaración de Uruguay de 1979, ver al respecto Cap. 7) y las normas de aplicación inmediata, imperativas o de policía. A este respecto señala Boggiano que en el caso de que una sociedad constituida en el extranjero emita acciones en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, "los títulos deberán ajustarse a las normas de aplicación inmediata y exclusiva que la Comisión Nacional de Valores

exige". Este comentario es extensible al caso de que una sociedad constituida en el extranjero emita acciones en Uruguay, y que el límite de las normas de aplicación inmediata, al igual que el del orden público internacional, es de principio en nuestro derecho, de la misma manera que en el derecho comparado.

1400. En cuanto a las garantías, el art. 40 inc. 1 de la Ley N° 16.749 establece: "(...) pueden emitirse obligaciones negociables con cualquier tipo de garantía real o personal, cumpliendo con los requisitos formales que para cada tipo exija la ley y con las estipulaciones contenidas en este Capítulo". Esta norma debe ser interpretada y aplicada en forma armónica con las demás disposiciones legales que integran el orden jurídico uruguayo, ya sean de fuente nacional o internacional en su caso. La solución establecida en nuestro DIPr vigente, tanto en el Apéndice del CC (art. 2399) como en los TMDCI de 1889 y 1940 (arts. 36 y 41 respectivamente), es coincidente: los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia. Estas normas deben ser interpretadas *in ordine*, teniendo en cuenta el cuadro de categorías del respectivo sub-sistema de DIPr al que pertenecen. En los tres sub-sistemas se incluye la categoría bienes (arts. 2398 del Apéndice, 26 del Tratado de 1889, y 32 del de 1940), que es regulada por la ley del lugar de situación.

De la interpretación armónica de estas normas se desprende que la categoría contratos accesorios sólo incluye dentro de su alcance extensivo a los que crean derechos personales (fianza, anticresis), ya que los que crean derechos reales (hipoteca y prenda) han sido incluidos expresamente por el legislador dentro del alcance extensivo de la categoría bienes, que comprende su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y "todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles", lo cual incluye a los referidos contratos accesorios reales. En consecuencia, dichos contratos (hipoteca y prenda) se rigen preceptivamente por la ley del lugar de situación del bien sobre el cual recaen, y no por la ley de la obligación a la cual acceden o garantizan (González Lapeyre). Una razón básica que conduce a esta solución es que tanto los tratados como el apéndice constituyen sub-sistemas normativos orgánicos, que requieren de una interpretación armónica, teniendo en cuenta todas sus disposiciones. Por otra parte, la interpretación dada implica

una coincidencia entre el régimen normativo del contrato accesorio y las acciones reales que de él emergen, con las disposiciones sobre jurisdicción (art. 67 TMDCI de 1889, 64 del de 1940 y 2401 del CC), lo cual tiene la ventaja de otorgar certidumbre al comercio internacional, ya que elimina el riesgo de que haciendo jugar la excepción de orden público internacional, se deje sin efecto el contrato de garantía celebrado de acuerdo a normas de otro Estado que no condigan con la *lex rei sitae* (González Lapeyre).

Con respecto al DIPr autónomo, debe señalarse que existe una excepción al régimen antedicho, establecido por el art. 2324 del CC, con respecto a la hipoteca: "los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero producirán hipoteca sobre los bienes situados en la República, con tal de que se inscriban en el competente Registro". Esta norma es de orden público internacional por la finalidad que persigue de proteger a los terceros frente al negocio jurídico hipotecario; implica reconocer la validez de los derechos reales que emanan de los contratos de hipoteca celebrados en el extranjero, de acuerdo a normas extranjeras, sobre bienes situados en el país, siempre que los referidos contratos sean inscriptos en nuestro Registro de Hipotecas (González Lapeyre).

Bibliografía complementaria

ACTAS Y DOCUMENTOS de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I), Washington D.C., OEA, vol. I, pp. 161-180 (actas del plenario); pp. 255-285 (informe del relator de la Comisión I, Dr. Jorge E. Illeuca); vol. II, pp. 245-269 (proyecto del CJI y actas de la comisión I); *ACTAS Y DOCUMENTOS de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*, Washington D.C., OEA, 1980, vol I. pp. 138-160 (actas de las sesiones plenarias); pp. 269-275 (informe del relator); pp. 8-21, 38-64, 65-104, 105-118 (actas de la comisión II) y pp. 307-334 (documentos); AGUIRRE RAMÍREZ, G., "¿Imperialismo jurídico?", *El País* (Montevideo), 1/12/1995; AGUIRRE RAMÍREZ, G., "El artículo 45 y el imperialismo jurídico", *Crónicas Económicas* (Montevideo), 13/10/1995; APARICIO, J.M., "Régimen internacional de la letra de cambio", *LL*, t. 151, pp. 1019-1054; BERGEL / PAOLANTONIO, *Acciones y excepciones cambiarias*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1992; BULGARELLI, W., *Títulos de crédito*, 8ª ed., San Pablo, Atlas,

1991; CÁMARA, H., *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1980, pp. 519-585; CHECA MARTÍNEZ, M., "Hacia una letra de cambio internacional", *RCEA*, 1992, pp. 78-92; CUNHA, R.T. da, "Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Faturas", en CASELLA, P.B. / ARAÚJO, N. de (dirs.), *Integração Jurídica Interamericana,* San Pablo, LTr, 1998, pp. 461-479; FARIA, W.R., "Reservas formuladas sobre a Lei Uniforme relativa às letras de câmbio e notas promissórias", *Jurisprudência Brasileira*, vol. 69, 1982, pp. 21-46; GARCÍA ALTOLAGUIRRE, C., "El régimen legal de los títulos valores en nuestro derecho internacional privado", *RUDIP*, N° 1, 1994, pp. 153-202; GHIOLDI / MÉNDEZ, *Títulos de crédito. Parte General*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999; GOLDSCHMIDT, W., "El primer caso de calificaciones en la jurisprudencia argentina", *Estudios jusprivatistas internacionales*, Rosario, UNR, 1969, pp. 233-246 y *ED*, 8-943; GOLDSCHMIDT, W., "Jurisdicción internacional y juicio ejecutivo con respecto a un cheque internacional", *ED*, 29-665; GOLDSCHMIDT, W., "Ley competente para determinar el carácter ejecutivo de un título", *Estudios jusprivatistas internacionales*, Rosario, UNR, 1969, pp. 481-487 y *JA*, 1964-VI-240; GRONDONA, M.F. (h.), "Sobre la cláusula de elección de ley aplicable en la letra de cambio o pagaré", *ED*, t. 102-1024; HERBERT, R., "La autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable y juez competente en relación a la emisión de valores a realizarse en Uruguay y que se cumple en Uruguay", *Actualidades del Derecho Comercial Uruguayo*, Montevideo, Universidad, 1996; HOLZ, E. / COHEN, M. / PUCEIRO, D., *"La nueva regulación del mercado de valores en el Uruguay"*, Montevideo, Universidad, 1996; OLIVERA GARCÍA, R.,"La emisión y cotización de papeles comerciales de sociedades argentinas en el Uruguay", *LJU*, t. CXI; PARDO, A.J., *Régimen internacional de los títulos de crédito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970; RIVA, J.L., *Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de comercio exterior*, Buenos Aires, Depalma, 1997; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996; SMITH, J.C., "El decreto 5965/63 y el régimen internacional de la letra de cambio", *LL*, t. 115-840; SMITH, J.C., "Importancia del protesto en La Ley Uniforme sobre títulos valores", *LL*, t. 128-1084; SOLARI BARRANDEGUY, M., "Emisión y negociación en Uruguay de obligaciones de una sociedad anónima argentina", *Rev. Der. Com. Emp.*, N° 59-60; VARGAS, D.T., "As convenções interamericanas sobre lei aplicável ao cheque, en CASELLA, P.B. / ARAÚJO, N. de (coords.), *Integração jurídica interamericana,* San Pablo, LTr, 1998, pp. 480-496; VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., "Ejecución de letras de cambio extranjeras en España: estudio de la competencia judicial internacional", *RDCO*, 32, 1999, pp. 261-313; WILLIAMS, J.N., "Letra de cambio extranjera", *ED*, 64-617.

Capítulo 30

Transporte

Fernando Aguirre Ramírez*

I. Aspectos generales del contrato de transporte

1401. El contrato de transporte es aquél por el cual un sujeto de derecho –el porteador o transportista– se obliga, bajo promesa de pago de un precio, respecto a otro sujeto –expedidor, cargador o remitente– a cumplir el traslado de mercaderías de un sitio a otro, para su entrega al destinatario o consignatario, asumiendo los riesgos provenientes de todos los actos dirigidos a producir dicha entrega. Hay una obligación de resultado, consistente en trasladar y entregar la carga en destino al consignatario en el mismo estado en que se recibió. Esta es la obligación típica o característica del contrato. En la práctica este negocio jurídico va generalmente unido a otro: la compraventa de mercaderías por parte del consignatario al expedidor. La mayor parte de la doctrina se inclina por la calificación del contrato de transporte como figura jurídica autónoma, especial y típica, con reglas propias, no asimilable a otras figuras como el arrendamiento de servicios, el mandato o el depósito (Opertti, Rocca, Mapelli López, Ayala). No obstante su naturaleza tiene una relación evidente con el arrendamiento de obra, del cual es un subtipo.

La doctrina se halla dividida en cuanto a la fijación del acto por el cual se perfecciona el contrato. Para algunos el contrato se perfecciona

---

* Con la colaboración de Cecilia Fresnedo y Horacio Mohorade.

con el acuerdo de voluntades (Fernández / Gómez Leo, Ayala); para otros (Opertti, Alfonsín) se perfecciona cuando el porteador recibe los bienes a transportar. Esta distinción tiene gran importancia porque en principio un contrato de transporte es internacional cuando se celebra en un Estado y se cumple en otro, o sea cuando aparecen involucrados en la relación jurídica más de un orden jurídico. ¿Produce el acuerdo de voluntades previo a la expedición de la mercadería una afectación relevante del orden jurídico del Estado donde ese acuerdo se produce? Del punto de vista material parece indudable que sí. Los autores que estudian la naturaleza del contrato del punto de vista de las normas sustantivas nacionales o supranacionales no dudan en atribuirle naturaleza consensual (Fernández / Gómez Leo). Sin embargo, los partidarios de la posición contraria sostienen que la internacionalidad del contrato no puede quedar librada a la voluntad de las partes, prefiriendo así atribuirle carácter real.

Los argumentos a favor de la tesis de la realidad del contrato podrían resumirse en los siguientes: a) Sólo existe contrato de transporte internacional cuando se produce una afectación real y cierta de varios órdenes jurídicos estatales, que tienen por tanto una legítima vocación reguladora de esa relación jurídica. Tal afectación no se produce hasta que el porteador está efectivamente en posesión de los bienes y por tanto en condiciones de comenzar a ejecutar su obligación única y de resultado: trasladar los bienes de un Estado a otro y entregarlos en el lugar de destino. b) El transporte es internacional cuando el lugar de expedición y el de destino están en Estados diferentes. Esa internacionalidad no puede operar por la sola voluntad de las partes, sino que deriva de la realidad misma del contrato. c) No puede haber celebración sin expedición, pues no se concibe el perfeccionamiento del contrato sino en el momento en que la satisfacción de la obligación típica no depende más que del obligado, es decir que no se perfecciona hasta que el porteador recibe los bienes a transportar.

En contra se ha dicho que la pretensión de que el transporte es un contrato "real" es una elaboración jurídica que gusta mucho a los internacional-privatistas, por cuanto tal posición permite solucionar problemas específicos de esta materia (impedir que las partes cambien artificialmente el punto de conexión o internacionalicen un contrato que en realidad no lo es). Los comercialistas no sólo no sostienen que el contra-

to sea real sino que ni siquiera se plantean la duda. En la práctica mercantil el transporte es un contrato consensual, que se puede pactar o no por escrito y que se perfecciona en forma previa a la recepción de la carga o a la expedición del conocimiento de embarque. En los hechos el expedidor llega a un acuerdo con el agente del transportador en el lugar de origen, para que una cierta carga sea recogida en una cierta fecha para hacer un cierto viaje. Se negocian los volúmenes y pesos, el tipo de envase (granel, bidones, fardos contenedores, etc.), las condiciones de retiro en planta (*house to house*), en playa de contenedores (CY-CY), o en muelle al lado del barco (*pier to pier*). Se negocia quién realiza la consolidación del contenedor (FCL-FCL o LCL LCL). Se negocia la fecha en que el barco estará en puerto (si llega tarde puede deber al embarcador los gastos de depósito o de camiones detenidos) y la fecha en la que la carga debe estar en puerto (si llega tarde puede deberle "*demurrage*" al barco). Se negocian condiciones de bodega (fría, refrigerada, sobre cubierta). Y se negocia el flete que se pagará (tanto el monto como las condiciones (flete prepago, flete pagadero en destino, etc.).

En el transporte marítimo, que es el más sofisticado, estas condiciones se dejan por escrito en memorandos inicialados por ambas partes que se conocen como "*booking notes*". Cuando la carga es entregada, los operarios del transportador entregan recibos provisorios, que luego se canjean por la Carta de Porte o Conocimiento de Embarque. El hecho de que luego el contrato va a aparecer consagrado (aparentemente) en este documento y que el mismo se expida contra entrega de la carga, ha hecho pensar a algunos autores que el mismo sea real. Ello no coincide con la realidad comercial e implica confundir el contrato de transporte (que es previo y consensual) con el conocimiento de embarque (que es un título valor autónomo, transmisible por endoso, representativo de la mercadería, que contiene la obligación de entregarla en destino a su portador, que tiene la función adicional de servir de prueba de la existencia del contrato previo, pero que no es el contrato de transporte).

La expedición de la carta de porte implica una novación de la obligación de entrega de la carga en buenas condiciones, la que adquiere carácter de obligación autónoma y negociable. Ello es esencial para servir de instrumento al otro negocio jurídico simultáneo que se está concretando que es la compraventa y el pago de su precio por medio de las car-

tas de crédito bancarias. La expedición de la carta de porte no es el hecho que da nacimiento al contrato (sirve de recibo de la carga también), sino que la emisión de este documento es una obligación que asume el transportador desde el momento en que se acuerda el contrato de transporte. Pero el contrato de transporte ya existe desde que las partes se ponen de acuerdo. Para explicar esta mecánica operativa, los partidarios del carácter real del contrato hablan de una promesa de contratar previa y de un contrato a partir de la recepción de la carga. Tal elaboración es artificiosa. No parece de buena técnica jurídica pretender alterar la naturaleza jurídica de un contrato para solucionar un tema importante pero no vinculado con la naturaleza intrínseca del propio contrato. Obviamente si las partes intentan internacionalizar artificialmente un contrato interno, o modificar fraudulentamente el punto de conexión, deberá recurrirse a los mecanismos específicos de derecho internacional privado para limitar e impedir tales maniobras (el fraude a la ley es uno de los medios al alcance de los intérpretes para evitar tales desviaciones).

1402. El transporte será interno o internacional según afecte a uno o más ordenamientos jurídicos. Cuando el transporte se realiza enteramente dentro del territorio de un solo Estado, es interno. Cuando la mercadería es transportada de un Estado a otro, en principio es internacional. Pero existen situaciones que pueden no ser tan claras y que han dado lugar a distintas posiciones en la doctrina y a distintas soluciones normativas. Así por ejemplo cuando lugar de expedición y destino están en el mismo Estado pero la ruta a seguir exige el pasaje por territorios de Estados diferentes, Vergnaud considera que el mero tránsito por país extranjero internacionaliza el contrato; la posición mayoritaria es la contraria, que niega esta posibilidad cuando expedición y destino están en el mismo Estado, sin perjuicio de las funciones que pueda tener el país de tránsito en el desenvolvimiento del transporte (ejemplos: aspectos fiscales, como el peaje; aspectos materiales, como la relación peso y ruta, etc.). Desde un punto de vista conflictualista, en estos casos sólo habría en juego una ley (la del Estado de expedición y destino) interesada en regular el contrato, no planteándose pues el conflicto de leyes (Opertti, Alfonsín).

Las escalas técnicas, previstas o no, tampoco internacionalizan el contrato porque no afectan su obligación típica. Las escalas de descarga en

el país de tránsito, no previstas en el contrato y debidas a hechos sobrevenidos (ej. rotura del equipo refrigerador del camión y necesidad de preservar mercadería perecedera) tampoco internacionalizan el contrato. La interrupción del transporte como consecuencia de un accidente acaecido en el país de tránsito no internacionaliza el contrato; estaríamos en el campo de la responsabilidad extracontractual. La única hipótesis en que el mero tránsito por otro Estado internacionaliza el contrato es cuando en ese Estado se dé cumplimiento a la entrega de parte de la carga y ello esté previsto en el contrato. Aquí habría más de un orden jurídico afectado (Opertti). La operación de carga imprevista en el país de tránsito implica un contrato de transporte diferente, que puede ser internacional o no, pero que no internacionaliza el contrato de transporte original. El criterio de internacionalizar el contrato de transporte en base al tránsito por país extranjero es acogido en cambio por la Decisión 56 del Acuerdo de Cartagena, que en su art. 1 caracteriza el transporte internacional por carretera como aquel que "en su recorrido, cruce por lo menos una frontera entre dos países miembros y que tenga origen y destino en uno de los países miembros".

En materia de transporte marítimo, en cambio, el TMDComI de 1889, en su art. 14, establece que "si el contrato de fletamento tiene por objeto la conducción de mercaderías o pasajeros entre puertos de un mismo Estado, será regido por las leyes de éste". A *contrario sensu*, es internacional cuando las mercaderías se conducen de un Estado a otro (Vieira). El TMNComI de 1940, art. 25, establece que cuando el transporte es entre puertos de un mismo Estado, se rige por sus leyes cualquiera sea la nacionalidad del buque. Y el art. 26 establece que si debe ejecutarse en uno de los Estados parte, se rige por la ley de dicho Estado, sea cual fuere el lugar de su celebración y la nacionalidad del buque. La conclusión es que el contrato es internacional cuando el puerto de embarque y el de destino se encuentran situados en Estados diferentes (Vieira).

En el transporte aéreo la Convención de Varsovia de 1929 tiene una definición sumamente elaborada y que nos permite avanzar un paso más en la identificación del concepto de internacionalidad. El art. 1.2 expresa:

> "(...) se calificará de transporte internacional a los efectos de la presente Convención, todo transporte en el cual según las estipulaciones de las

> partes, el punto de partida y el de destino, haya o no interrupción del transporte o trasbordo, estén situados en territorio de dos Altas Partes Contratantes, o en terreno de una sola, si hay alguna escala prevista en territorio sometido a la soberanía, al dominio, al mandato o a la autoridad de otra Potencia, aunque no sea contratante (...)".

O sea que un transporte puede ser internacional aunque se realice entre dos puertos o aeropuertos de un mismo país. Debe tratarse de una escala pactada o por lo menos prevista en el contrato o en los itinerarios del vuelo contratado: no se considera internacional un transporte entre dos ciudades del mismo Estado por el hecho de que accidentalmente y en forma imprevista el avión se vea obligado a realizar una escala técnica en un tercer país.

1403. El contrato de transporte es bilateral o sinalagmático porque genera derechos y obligaciones para ambas partes, y de ejecución única, ya que implica una obligación de resultado única: el traslado de la carga de un Estado a otro; el resultado se agota en un acto único que es la entrega de la carga (Opertti). Ello suele plantear algunas dudas al interpretar la conexión "lugar de cumplimiento". En realidad, desde el momento en que se acuerda, ambas partes quedan obligadas a una serie de cosas: el cargador, a tener la carga en cierta fecha, lugar y condiciones; el transportador a tener el barco, avión, o camión en esa fecha y lugar, a recibir la carga, y a expedir el conocimiento de embarque. Y a partir de que se recibe la carga, el transportador asume otra serie de obligaciones complementarias de la mayor importancia: a estibarla en forma, a cuidarla, a mantener ciertas condiciones de temperatura o humedad que pueden estar meticulosamente pactadas en caso de cargas refrigeradas. En casos de transportes combinados o sucesivos, puede tener obligaciones accesorias relativas a las estadías en puertos intermedios y playas de contenedores, y a los transbordos que pueden haberse previsto o no.

Obviamente todo contrato tiene multitud de obligaciones derivadas que podrían plantear ese tipo de dudas. Para aclararlas basta con recurrir al concepto de "obligación típica o característica del contrato". Todo contrato tiene una obligación central, final, de las que las demás dependen y son meramente instrumentales. Los contratos como el transpor-

te, que derivan del arrendamiento de obras, tienen como obligación principal el cumplimiento de la "*operis*", o sea de la obligación de resultado final: entregar la carga en buenas condiciones en el lugar de destino. Por lo tanto todas las demás obligaciones instrumentales no son jurídicamente relevantes y sólo existen con carácter de medios para cumplir el fin último. Por ello aunque se cumplan en jurisdicción de diferentes países ello no es relevante para determinar el derecho aplicable. Sería disparatado suponer que a medida que el medio de transporte viaja, el derecho aplicable y las obligaciones de las partes van variando. El punto de conexión "lugar de cumplimiento" refiere a la obligación típica y ésta es exclusivamente la obligación principal, final, de entregar la carga en buenas condiciones.

1404. El contrato de transporte es oneroso y comercial: es necesaria la obligación del pago del precio o flete como contrapartida del beneficio que reporta el traslado de la carga (Opertti). El transportista es normalmente una empresa, lo cual supone espíritu de lucro (ejs.: arts. 7.4 y 7.6 CCom y 1855 CC uruguayos). El hecho de que intervengan en el contrato empresas estatales, personas públicas, etc., no altera el carácter comercial del mismo. Las personas públicas actúan en ese caso *iure gestionis* (y no *iure imperium*), por lo que quedan sometidas, en cuanto a la regulación del contrato de transporte, al derecho comercial nacional e internacional en las mismas condiciones que las personas privadas.

En general, la propuesta de la empresa transportista se dirige al eventual cliente en forma impersonal e indeterminada, como si éste fuera una masa, a través de una propuesta rígida, ya estructurada, formulada en un contrato tipo, restándole al posible adherente toda posibilidad de discutir las condiciones, los precios tarifados, las indemnizaciones prefijadas, etc. (Opertti). Esto puede producir un cierto desequilibrio en favor del porteador, el cual es compensado muchas veces por la jurisprudencia, declarando nulas las cláusulas que pueden menoscabar los legítimos derechos del usuario del transporte. No obstante, corresponde aclarar que el carácter de adhesión no es de la naturaleza misma del contrato, sino que es la modalidad generalmente empleada por el transportista. Esta modalidad incide en el régimen legal del contrato (Opertti).

II. Transporte terrestre

1. Dimensión convencional americana clásica

A) Tratados de Montevideo

1405. Los Tratados de Montevideo de 1889 no regulan en forma expresa el transporte terrestre. Sin embargo, conforme la filosofía de los tratados y la coordinación de los Tratados de derecho civil y comercial, y en la medida en que el derecho comercial es un derecho especial, el contrato de transporte se ubica en la categoría actos jurídicos en general, y dentro de ellos en la subcategoría prestación de servicios (arts. 32 y 34 TMDCI de 1889). La regla general del Tratado es que los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, lo que en el transporte es el lugar de entrega de la mercadería en destino, por ser ésta la obligación típica o característica del contrato. Se configura la hipótesis del literal b del art. 34, dado que en el contrato de transporte su eficacia se relaciona con un lugar en especial, precisamente, el de entrega (Herbert). Esta ha sido la posición unánimemente seguida por la jurisprudencia uruguaya interpretando tanto el Tratado de 1889 como su propio Apéndice del CC donde la solución es idéntica. A vía de ejemplo, cabe citar el caso *"La Mannheim c/ Anselmo Ltda."* (SCJ, Sent. N°60 de 25/7/1980, publicado en *RTYS*, núm. 3, Caso N° 41 p. 73):

> "(...) de conformidad con las normas de derecho internacional privado contenidas en el Apéndice del Código Civil, aplicables por no existir tratado sobre la materia con la República de Chile, se aplican las leyes uruguayas por ser las leyes 'del lugar de su cumplimiento' (art. 2399). Y son competentes los tribunales de nuestro país (arts. 2401 y 2403)."

1406. El TMDComTI de 1940 (arts. 14 a 18) regula el transporte terrestre en forma expresa, haciéndolo extensivo al transporte mixto o multimodal (ver al respecto Cap. 30.V.2). El art. 14 se remite a la ley del lugar de celebración para regular "a su forma, a sus efectos y a la naturaleza de las obligaciones de los contratantes", pero en lo que relaciona con el cumplimiento de las obligaciones asumidas se remite a la ley del lugar de destino de la carga. Se trata de una norma de conflicto de fácil

aplicación, que deriva los litigios que se plantean en el transporte internacional de carga a la ley de lugar de cumplimiento y por ende también a los tribunales del país de entrega final (aunque el art. 16 permite al actor optar entre "los jueces del lugar de partida o del destino, o de cualquiera de los lugares del tránsito en donde haya un representante del porteador demandado"). Esta es la solución más adecuada a la problemática del transporte, ya que el lugar de destino es donde se producen los efectos del incumplimiento en la mayoría de los casos y donde se encuentra la prueba, los testigos e incluso la propia mercadería dañada o robada que el tribunal deberá examinar.

B) Código Bustamante

1407. El Código Bustamente regula el transporte terrestre expresamente en los arts. 259 y 260 y lo hace en forma bastante confusa. El art. 259 postula la unidad del contrato ("En los casos de transporte internacional no hay más que un contrato (...)") para luego agregar una definición tautológica que no nos aclara nada: dice que el contrato será "regido por la ley que le corresponde según su naturaleza". El art. 260 intenta postular una norma de conflicto parcial para "los plazos y formalidades para el ejercicio de acciones surgidas de este contrato" y se remite a "la ley del lugar en que se produzcan los hechos que las originen". Si esto se refiere al lugar de celebración está bastante mal expresado y de cualquier forma sólo regula los plazos de ejercicio de las acciones, lo que es únicamente un aspecto menor y parcial respecto a todos los problemas de enorme complejidad que plantea el transporte internacional. Tal regulación es, por tanto, a todas luces insuficiente.

2. La nueva dimensión convencional americana

A) Primeras tentativas de regulación material

1408. Existen en la región una serie de proyectos de tratados sobre transporte terrestre que intentan regular el tema con normas materiales de fondo, entre las que pueden contarse: el Convenio de transporte in-

ternacional de mercaderías por carretera entre Uruguay y Argentina de 1988; el Convenio sobre contrato de transporte y la responsabilidad civil del porteador en el transporte terrestre internacional de mercaderías (CRT), aprobado en Santiago de Chile en 1989 en la XVI Reunión de Ministros del Cono Sur; la Convención interamericana de transporte internacional de mercaderías por carretera (CIDIP IV, Montevideo, 1989). Previamente a ellos se había aprobado el Convenio sobre transporte internacional terrestre del Cono Sur, aprobado en Mar del Plata en 1977 en una reunión de Ministerios de Transporte de la región aunque el mismo no contiene normas de fondo sobre el contrato de transporte. Debe señalarse asimismo el Convenio sobre transporte internacional terrestre aprobado en Santiago de Chile en 1991, también en una reunión de Ministros de Transporte, que fuera puesto en vigencia como "Acuerdo de Alcance Parcial" de ALADI, por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. El art. 64 de este último establece expresamente: "(...) el presente Acuerdo sustituye al Convenio de Transporte Internacional Terrestre suscrito en Mar del Plata, Argentina, el 11 de noviembre de 1977 (...)". O sea que pretende derogar un tratado ratificado por ley, mediante una mera resolución ministerial.

B) Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera (Montevideo, 1989) y la CRT

1409. La Convención interamericana de Montevideo de 1989 fue el resultado de un trabajo conjunto de dos profesores de DIPr, que además eran especialistas en transporte: Marcelo Solari por Uruguay y Pablo Bendomir por Argentina. Además de su reconocida capacidad, tuvieron un gesto destacable e inusual: un año antes de la CIDIP de 1989, presentaron su trabajo en público en una conferencia celebrada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, aceptaron debatir el proyecto, oyeron las críticas, abrieron un diálogo posterior con los que habían hecho objeciones e incorporaron sugerencias al proyecto. El resultado fue el mejor proyecto que se recuerde sobre el tema. Es un dato curioso que casi simultáneamente con la celebración de la CIDIP IV en Montevideo, en agosto de 1989 se reunieron en Santiago de Chile los Ministros de Transportes y

Obras Públicas de la región, y aparentemente sin previo acuerdo ni concierto con los Ministerios de Relaciones Exteriores, los Ministros de Transporte aprobaron un proyecto de convención, conocida como CRT (Convenio sobre contrato de transporte y la responsabilidad civil del porteador en el transporte terrestre internacional de mercaderías), que está en las antípodas del proyecto Solari-Bendomir, que oficialmente patrocinaba Uruguay en la CIDIP IV. La principal característica de la CRT es establecer límites de responsabilidad muy bajos en materia de transporte terrestre, lo cual fue rechazado en Uruguay por el Parlamento, al mismo tiempo que devolvía sin aprobar varias iniciativas para reformar la legislación interna en el mismo sentido (léase limitación de responsabilidad contractual y extracontractual para los transportadores terrestres) remitidos entre 1985 y 1995. No obstante, esta contradicción entre ambos proyectos y los intereses que afectaban uno y otro llevó a que ninguno de los dos fuera ratificado.

C) El Documento "uniforme" de la CIDIP VI (Washington, 2002)

1410. El fracaso de la Convención de la CIDIP IV (única convención de la CIDIP que no ha recibido ni una sola ratificación) provocó que los Estados parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) promovieran la elaboración de unos documentos únicos multilingües en la materia, en una actitud basada no sólo en argumentos jurídicos sino también económicos. La elección del mecanismo no es mera anécdota, sobre todo si en dichos documentos se incorporan condiciones generales para el contrato de transporte referidas a aspectos controvertidos como la elección de la ley aplicable, la limitación de la responsabilidad del transportista, etc. La clave está en que los documentos mercantiles no deben pasar por el muchas veces arduo trámite de ratificación en cada uno de los Estados, sino que simplemente se convierten en un producto que se ofrece a los operadores del sector. Éstos, en ejercicio de la autonomía material con la que desarrollan sus actividades mercantiles, podrán contratar entonces sobre la base de ese modelo, sin que a los Estados les quepa más función que divulgar y promover la utilización del mismo (Fernández Arroyo / Kleinheisterkamp). Se trata, por otro lado, de algo que ya sucede en la práctica de los países del Cono

Sur, donde es habitual la utilización del formulario estandarizado adoptado en el Acuerdo de alcance parcial sobre transporte internacional terrestre (ATIT), celebrado en 1991 entre los países del MERCOSUR, Bolivia, Chile y Perú.

Estados Unidos redactó el proyecto que fue utilizado como documento de base para la CIDIP VI, pero pocos días antes del inicio de dicha Conferencia Uruguay presentó un proyecto alternativo sobre la base del anterior, canalizado a través de tres documentos: uno incluyendo comentarios a cada uno de los artículos del proyecto de Estados Unidos, otro planteando la propuesta propia y el tercero explicando las razones de fondo que avalaban su propuesta. La discusión fue muy intensa y estuvo precisamente polarizada por las mencionadas delegaciones. La legítima actitud de ambas partes no hace sino reflejar los intereses contrapuestos de un país que cuenta con una economía basada en la exportación y con una fortísima industria de transportes, frente a otros que han devenido cada vez más importadores y que cuentan con una significativa estructura en materia de seguros.

1411. A pesar de que la agenda preveía la aprobación de un "Documentación mercantil uniforme para el transporte internacional con particular referencia a la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, de 1989, y la posible incorporación de un Protocolo adicional sobre conocimiento de embarque", tal referencia consistió en la práctica en descartar cualquier eventual intento de revisión de la misma, tanto mediante la adopción de una nueva como a través de su complementación con un protocolo.

Las insalvables diferencias en varios puntos (como el carácter negociable o no negociable de la carta de porte, el ámbito de aplicación de la misma, la determinación de la ley aplicable, y las limitaciones de la responsabilidad del transportista) condujo a una solución de compromiso repleta de pragmatismo pero que no deja de ser paradójica: la aprobación de dos modelos de carta de porte "uniforme", uno basado en la propuesta norteamericana y otro que recoge los puntos irrenunciables para la delegación uruguaya. El modelo de América del Norte descarta la posibilidad de negociar con la carta de porte, el modelo del Cono Sur parte precisamente de su carácter negociable (que en los países de esta

región permite, entre otras cosas, utilizar la carta de porte para financiar las operaciones de comercio exterior), pudiendo ser al portador o a la orden, endosable o no (art. 1.3 de la carta de porte "uruguaya"); de allí que el título de la carta de porte "norteamericana" vaya precedido de la expresión "no negociable" y el de la "uruguaya" de la expresión "negociable". Sin salir de la definición del ámbito de aplicación se planteó también una intensa batalla dialéctica sobre la presencia dentro del mismo de otros tipos de transporte; dicho de otro modo: sobre la aplicabilidad o no de las reglas del documento uniforme al transporte multimodal. La discusión se originó porque la delegación de Uruguay consideró que el proyecto norteamericano no era claro sobre este punto y que era del todo inconveniente regular otra cosa que no fuera el transporte por carretera. La cuestión fue excluida de ambas cartas de porte, pero el texto uruguayo (art. 1.2) es bastante más claro que el norteamericano.

Respecto de las posibilidades de limitar la responsabilidad del transportista y del alcance de dichas limitaciones, también se planteó un arduo debate. Sin embargo, ambas cartas de porte contienen textos sustancialmente iguales, sobre la base de concesiones mutuas. Así, por ejemplo, la delegación uruguaya aceptó la inclusión, entre las causales de exoneración de responsabilidad (art. 5.1.1, al lado de "fuerza mayor" y "caso fortuito"), de la referencia a "enemigo público", pese a que no le convencía para nada; por su parte, la delegación norteamericana aceptó la eliminación, de la misma lista de causales, de la consideración del "embargo" como una "obligación legal o gubernamental" (art. 5.1.4). Ambos textos consagran que "La responsabilidad del transportista contractual por cualquier pérdida o daño a las mercaderías no excederá bajo ninguna circunstancia el valor real de las mismas, en el tiempo y lugar determinado por la ley aplicable, más el flete y otros costos en caso que hubieren sido abonados" (art. 6.1); ambos prevén también la posibilidad de otras limitaciones autorizadas por la ley aplicable (art. 6.3). Donde no hubo acuerdo fue en el alcance de la modificación del límite de la responsabilidad del transportista mediante acuerdo escrito entre éste y el cargador: mientras la carta "uruguaya" sólo contempla la posibilidad –bastante improbable– de aumentar dicho límite, la "norteamericana" admite tanto el aumento como la disminución, en la medida que lo autorice la ley aplicable (art. 6.2).

III. Transporte marítimo

1. Aspectos generales

1412. Los centros de producción del derecho marítimo internacional se pueden dividir históricamente en los conformados por intereses privados y los surgidos en torno a las organizaciones gubernamentales y conferencias diplomáticas entre los Estados intervinientes. En el primer rubro es ineludible destacar la labor del Comité Marítimo Internacional. En el segundo rubro a partir de 1948, la labor de elaboración de convenciones se ha centrado en la IMO (Organización Marítima Intergubernamental) con sede en Londres, cuya invalorable tarea deberemos resaltar, pero no sin dejar de reconocer el enorme aporte de las diversas Conferencias Diplomáticas reunidas en los cincuenta años previos, y de otros organismos de Naciones Unidas (UNCTAD en especial) en el medio siglo posterior. Citar aquí todos los órganos que han participado y participan de la reglamentación de la navegación internacional excede claramente la finalidad de nuestro trabajo. Por esta razón sólo haremos una breve mención de los más significativos.

1413. El Comité Marítimo Internacional fue creado en 1897, tiene sede en Amberes y al decir de Ray

> "(...) es una institución que tiene por fin primordial promover la unificación del derecho marítimo mediante conferencias internacionales en las que se elaboran disposiciones tendientes a ser aplicadas en todos los países que asumen este compromiso y que lo cumplen ratificando las convenciones internacionales aprobadas o incorporando sus principios a la legislación nacional".

Desde luego, que ni las cosas son tan fáciles, ni el panorama es tan idílico, como podría deducirse del comentario anterior: ni la unificación del derecho marítimo es una tarea que se lleve a cabo en un laboratorio incontaminado, ni los países están dispuestos a adoptar todos los proyectos de convención sin mayor análisis. En el Comité Marítimo Internacional el peso de los grandes intereses armatoriales que lo integran y

financian es notorio. La influencia de estos intereses comerciales concretos en las convenciones que propone también es indiscutible, y la actitud de los países respecto a la ratificación de dichas convenciones está en relación directa con sus propios intereses nacionales, dependiendo de que sean países proveedores o países consumidores de servicios armatoriales.

La enorme tarea realizada por el CMI en colaboración con los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales, durante el medio siglo que va desde su creación hasta la creación de la IMO en 1948, fue de la mayor importancia en la elaboración de las convenciones que forman el núcleo central del derecho internacional marítimo. Entre ellas podemos mencionar: las Convenciones de Bruselas de 1910 sobre abordajes, de Bruselas de 1910 sobre asistencia y salvamento, de 1924 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques, de 1924 sobre conocimientos de embarque, de 1926 sobre inmunidad de buques del Estado, de 1926 sobre hipotecas y privilegios marítimos, de 1952 sobre jurisdicción civil en materia de abordajes, de 1952 sobre jurisdicción penal en materia de abordajes y de 1952 sobre embargo preventivo de buques.

A) Contratación marítima internacional

1414. El fletamento es el nombre con el que se identifica no a uno sino a una serie de contratos referidos a la utilización de un buque, lo que lo transforma en uno de los temas más difíciles de dilucidar en el derecho marítimo. Por contratos de utilización de buque se entiende aquellos "cuya finalidad esencial radica en el aprovechamiento de un buque y en virtud del cual una de las partes, a cambio de una contraprestación, adquiere el derecho al uso y goce o al cumplimiento, por parte de su cocontratante, de una determinada actividad náutica que habrá de realizarse en su beneficio mediante el empleo de la nave" (Beltrán Montiel). Los contratos de utilización pueden clasificarse en cuatro: locación de buque (a casco desnudo o de nave armada y tripulada), fletamento a tiempo, fletamento por viaje (total o parcial) y fletamentos especiales.

Para distinguir todo este enorme cúmulo de categorías y subcategorías sobre una realidad comercial que innova constantemente en la práctica, debe comprenderse la diferencia entre la gestión náutica y la gestión

comercial de un buque. La gestión náutica tiene que ver con el armado del buque (el proveerlo de elementos, provisiones, combustible y aun tripulación con la que pueda operar) y con la operación de navegación propiamente dicha a cargo de un capitán. La gestión comercial tiene que ver con la explotación económica del buque brindando sus servicios a terceros a cambio de un precio. El "fletamento a casco desnudo" es prácticamente un arrendamiento: el propietario otorga el uso y goce del buque, y el fletante se hará cargo tanto de la gestión náutica como de la gestión comercial. En el fletamento a tiempo, en principio, se separa la gestión náutica –que permanece a cargo del armador fletador– de la empresa comercial o de transporte, que queda a cargo del fletante. En el fletamento por viaje, el armador fletante mantiene a su cargo tanto la empresa de navegación como la de explotación comercial, obligándose a cumplir un viaje, en favor de un fletador que aprovechará el buque para llevar mercadería propia o de terceros de un punto a otro. Vemos entonces cómo bajo un mismo nombre hemos denominado a tres contratos distintos que se fueron desplazando de un arrendamiento típico, algo que tiene muchas de las notas definitorias del contrato de transporte. No obstante, el fletamento como un contrato de utilización del buque no llega a ser nunca un contrato de transporte; el fletante no asume la obligación del transportador. Por ello no debe confundirse con el transporte en régimen de conocimiento de embarque, aunque es muy común que algunos autores y aun algunos textos legales utilicen la palabra "fletamento" para referirse al contrato de transporte.

Los fletamentos conciernen a un buque, mientras que los transportes conciernen a un cargamento; en el fletamento se contrata un buque y su navegación, no el hecho de un traslado. La diferencia con una locación básica es que no se produce transferencia de la tenencia del buque ni de la condición de armador (Romero Basaldúa, Rodière). Los términos del contrato deben considerarse sustancialmente contenidos en el *charter party* o póliza de fletamento, por lo que el conocimiento de embarque interesa aquí casi exclusivamente como título representativo de la mercadería (Herbert). Los fletamentos más comunes son los llamados totales o parciales, cuyo objeto es el transporte de mercaderías y que se instrumentan a través de formularios. En los fletamentos especiales, el fletante se obliga a realizar uno o más viajes, o a ponerlo a disposición del fletador

por cierto tiempo, con finalidades específicas diversas: turísticas, científicas, de asistencia o salvamento, de recuperación de buques hundidos, etc. (Beltrán Montiel). La aparición de los buques portacontenedores ha dado lugar al desarrollo de una infinidad de nuevas figuras contractuales derivadas del fletamento, tales como el "*box-time*", el "*slot hire*", etcétera.

1415. Transporte bajo conocimiento de embarque: el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, también llamado transporte marítimo "de línea" o de carga general, es la forma más generalizada de explotación en el comercio marítimo. El contrato de transporte realizado en esta forma es un contrato de adhesión; el conocimiento de embarque es expedido unilateralmente por el transportista, lo que "explica sus limitaciones como manifestación contractual" (Herbert). Esta figura contractual supone un programa de viaje predeterminado, en el que se conocen con anticipación el itinerario, los puertos de escala, las fechas, las condiciones del transporte y las tarifas de fletes, los cuales constituyen los puntos más importantes del transporte. Pero no debe confundirse el contrato de transporte con el conocimiento de embarque. Como vimos el contrato de transporte es consensual y previo a la emisión del conocimiento. Una de las obligaciones que contrae quien acuerda un transporte es la de emitir el conocimiento de embarque una vez haya recibido la carga a bordo. El conocimiento de embarque es un documento que cumple una triple función de recibo de la mercadería, título representativo de la misma y prueba del contrato de transporte (Herbert).

Esta figura se encuentra regulada internacionalmente por la Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, llamada la "reina de las convenciones", con más de cien países ratificantes. Dentro del MERCOSUR ha sido ratificada solamente por Argentina y Paraguay, no obstante lo cual, constituye a nivel universal el instrumento fundamental en materia de transporte marítimo. Su redacción fue el resultado de una transacción entre los intereses armatoriales que dominaban el CMI y los intereses de los grandes bancos que advirtieron que, de ser válidas las cláusulas abusivas impresas al dorso de los conocimientos, estaban pagando cartas de crédito por millones de libras esterlinas contra documentos supuestamente representativos de una mercadería pero que, si se leían atentamente, no

implicaban ninguna responsabilidad. Su redacción final puede sorprender por cuanto parece una larga enumeración de excepciones al principio de la responsabilidad contractual del armador, pero lo que se logró fue reducir las principales excepciones que habitualmente figuraban al dorso de los conocimientos a solamente aquellas que se entendieron de cierta razonabilidad. El texto es de orden público en la medida que considera nula toda otra excepción o cualquier disposición que limite la responsabilidad o exonere al transportador en una forma que no sean las establecidas a texto expreso por la Convención.

Las disposiciones de la Convención de Bruselas de 1924 (Reglas de La Haya) fueron actualizadas y mejoradas mediante el Protocolo de Visby de 1968 (Reglas de La Haya-Visby), el cual cambió el límite de responsabilidad a una medida en francos oro (unidad tomada de la Convención de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo) para solucionar el problema que provocaba la tentativa armatorial de liquidar los límites de responsabilidad a la cotización de la libra papel, la cual acumulaba décadas de inflación y desvalorización haciendo el límite irrisorio. Ninguno de los países del MERCOSUR ha ratificado el Protocolo de Visby. Los intereses armatoriales siguieron luchando contra el límite en oro y lograron una segunda reforma en la década de 1970 conocida como Protocolo DEG, que vuelve a sustituir la medida de cuenta, utilizando ahora los "Derechos Especiales de Giro" del FMI. Esta reforma rebajó además radicalmente el monto de los límites, por lo que ha sido resistida por los países consumidores de servicios armatoriales.

Finalmente en 1978 en Hamburgo, las Naciones Unidas lograron la aprobación de una Convención sobre transporte de mercaderías por mar (llamada Reglas de Hamburgo). La misma es un documento mucho más elaborado y de buena técnica jurídica, que está redactado en términos compartibles con el derecho continental y que pone coto a muchos de los abusos y privilegios del sector armatorial. No obstante ello mantuvo los límites en DEG y en montos muy inferiores a los de Bruselas 1924 y Visby 1968, lo que ha hecho que también sea resistido por los países consumidores de servicios de transporte. Aunque se supone que está destinada a sustituir a Bruselas, en la región sólo ha sido ratificada por Chile y tiene una lista muy limitada de adherentes.

B) Privilegios e hipotecas marítimas

1416. La Convención de Bruselas de 1926 sobre unificación de ciertas reglas en materia de hipotecas y privilegios marítimos fue ratificada por Argentina, Brasil y Uruguay. Es un instrumento imprescindible para la modernización del derecho marítimo. Los privilegios en los sistemas de derecho continental son una ventaja en el orden de prelación de los créditos personales en el concurso; el derecho anglosajón no distingue derechos reales de personales. A partir de la aprobación de la Convención de Bruselas de 1926, los países civilistas como los del MERCOSUR incorporaron el concepto de "privilegio real". Por ello los créditos privilegiados marítimos, siguen al buque en cualquier mano que pase, prefieren a la hipoteca (cobran antes que el acreedor hipotecario) y funcionan fuera de la hipótesis de concurso. Por tanto los créditos definidos como privilegiados por la Convención se benefician de un derecho real sobre el navío. Dicho sistema es universal, responde a las necesidades de la navegación e impide la realización de fraudes en perjuicio de terceros contratantes de buena fe o aun de víctimas de hechos generadores de responsabilidad extracontractual. La Convención además intenta coordinar y equiparar el concepto de hipoteca de nuestros derechos romanistas, con el concepto anglosajón del *mortgage* que no es lo mismo técnicamente aunque se trate de categorías jurídicas que cumplen la misma función.

C) Responsabilidad del propietario y/o armador del buque

1417. Las personas relacionadas con el buque y reguladas por el derecho marítimo son muchas. El propietario tiene el derecho abstracto a la nave, el armador es quien explota comercialmente el buque, el capitán es quien lo gobierna, navega, y controla, y a ellos deben agregarse los tripulantes, los agentes marítimos, los operadores portuarios y una multitud de agentes, mandatario, empleados, y funcionarios cuya actividad es compleja, múltiple y regida por una infinidad de normas tanto de derecho público como de derecho privado.

Se entiende por "armado", toda operación relativa al acondicionamiento del buque, es decir el conjunto de operaciones que convergen a su puesta a punto para navegar. Mezzera enseña que la evolución del

concepto llevó incluir en su referencia tanto el acondicionamiento como la explotación comercial del buque. Pero su concepto final surge por oposición al concepto de mero propietario. Propietario es el titular del derecho de propiedad sobre la nave. Armador es quien se dedica a una explotación económica del buque. Beltrán Montiel define al armador como "la persona física o jurídica que ejerce la titularidad de la función náutica o empresa de navegación (...) quien explota un buque utilizándolo para cierto fin, a cuyo efecto lo arma, o sea, lo equipa con materiales, víveres y personal."

El análisis del régimen de responsabilidad de propietarios y armadores plantea diversos problemas. Por responsabilidad se entiende la obligación de responder de nuestros actos y contratos lícitos y también de todo daño causado por hechos ilícitos. Si aplicáramos los principios generales, deberíamos concluir en que todo armador (sea o no propietario) como titular de una empresa naviera debería ser responsable de todos los actos y contratos del capitán (y de los agentes terrestres que lo secunden) realizados dentro de los límites de su mandato. Y también de los hechos ilícitos que tales mandatarios y agentes puedan cometer en la ejecución de sus tareas (responsabilidad por hecho ajeno del dependiente). Y, por los mismos principios generales, el propietario no armador no incurriría en ninguna responsabilidad derivada de la explotación del buque, simplemente arrendó un bien a un empresario, que lo usa; no debería tener responsabilidad en cómo se usa, por quien no es ni su representante, ni su mandatario, ni su empleado. No obstante, el derecho marítimo tiene reglas propias que alteran en forma bastante radical esta conclusión inicial. Por ejemplo, la aceptación general de la Convención de Bruselas de 1924 introdujo en los derechos continentales un instituto del *common law*, que es la irresponsabilidad del armador por la culpa náutica del capitán del buque. Las polémicas que pudieran existir sobre esta responsabilidad extraordinaria fueron dejadas de lado al aprobarse la Convención sobre privilegios e hipotecas de 1926. Como hemos visto en la operativa marítima, la mayor parte de los créditos derivados de la explotación naviera gravan con derecho real al buque. Esto asegura la solvencia de la empresa naviera para aquellos que contratan con la misma, y provoca que el propietario sea solidariamente responsable de las deudas de explotación, aun cuando propietario y armador no coincidan. Además, ello

evita que se aproveche dicha separación entre la propiedad y la gestión, para instrumentar formas fraudulentas de explotación en las que un armador insolvente evite pagar deudas no teniendo bienes a su nombre.

D) El abandono liberatorio y la limitación de responsabilidad de los propietarios y armadores de buques

1418. Para mitigar esta responsabilidad extraordinaria del propietario no armador, la legislación marítima le permitió limitar su responsabilidad al valor del buque; el resto de su patrimonio queda eximido de responsabilidad. Ello era razonable para el propietario no armador, pero algunas legislaciones lo extendieron al armador propietario y otras aun al propio armador no propietario, lo que no parece tener justificación razonable. Como podemos deducir de esta primera mirada al mundo de la responsabilidad naviera, los problemas son muchos, complejos y las instituciones y modalidades jurídicas suelen ser originales y propias del derecho marítimo.

El instituto del abandono liberatorio existe en casi toda la legislación marítima tradicional y permite que el propietario de buque vea limitada su responsabilidad al valor del mismo, en cualquier hipótesis y circunstancia, tanto en la responsabilidad contractual para con terceros que contrataron servicios de buque, como en la responsabilidad extracontractual para con terceros dañados por el mismo. Esto parece razonable para con el propietario no armador que arrienda el buque a casco desnudo, ya que su responsabildad es excepcional. Pero no tiene fundamento en cuanto al armador propietario o incluso respecto al armador no propietario que chartea y explota el buque. Se ha argumentado a favor de este instituto que sería una contrapartida a los grandes riesgos de la explotación naviera. Tal argumento es obsoleto e inaceptable con la tecnología.

1419. En el mundo pueden observarse tres grandes sistemas de limitación genérica de responsabilidad sobre esta base. En el sistema alemán el buque es un patrimonio de ejecución independiente y en el que se ejecutan las obligaciones marítimas sin necesidad de previa declaración de abandono. En el sistema francés, el abandono liberatorio es un acto voluntario del propietario del buque que debe formular una declaración

expresa en dicho sentido y realizar ciertos actos formales ante sus acreedores (éste es el sistema de los Códigos de Comercio de Uruguay y Paraguay). Ambos sistemas tienen el gran defecto de dejar absolutamente desamparados a los acreedores en caso de siniestros que causen grandes daños al buque e incluso de naufragios. En el sistema inglés, no se limita la garantía, el armador sigue respondiendo con todo su patrimonio, pero se limita la deuda. Existe un monto límite para cada buque (a razón de tantas libras por tonelada de arqueo) más allá del cual no se responde. El deudor debe depositar esa suma con la que se constituye un fondo para pagar a los acreedores (Argentina a partir de la Ley de Navegación utiliza este sistema, que parece más racional).

1420. Las convenciones internacionales aprobadas a partir de la gestión del CMI han adoptado el sistema inglés. La primera de ellas fue la Convención de Bruselas de 1924. No obstante, esta convención prácticamente ha quedado en desuso, y fue abandonada a medida que las naciones con importantes intereses armatoriales iban ratificando una serie de convenciones de limitación aprobadas en los últimos años. Nos referimos a la Convención de Bruselas de 1957 que extiende la limitación a armadores no propietarios; al Protocolo de Bruselas de 1979 que rebaja sustancialmente los límites de responsabilidad y los expresa en Derechos Especiales de Giro; y a la Convención de Londres de 1996 que extiende la limitación a todos los créditos marítimos genéricamente, en forma de asegurar que su beneficio alcanza a propietarios, armadores o cualesquiera explotadores vinculados al buque.

E) Avería gruesa, asistencia y salvamento y abordajes

1421. Las reglas de la liquidación de avería gruesa se encuentran expresadas en un conjunto de normas internacionales de aceptación generalizada conocido como Reglas de York Amberes. No se trata de una convención ni de un tratado, ya que no están concebidas para su ratificación por los Estados. Atento las infinitas complejidades del procedimiento de liquidación de la avería gruesa, se advirtió tempranamente que era imposible incluir en cada contrato de fletamento y cada conocimiento de embarque un texto de "reglas" de liquidación (qué créditos y

qué deudas se reparten, cómo se calculan los valores contribuyentes, cuáles son los pasos del procedimiento de liquidación, etc.). Por ello se aprobó un texto básico de "Reglas" que es revisado por el CMI periódicamente. La última versión de las Reglas de York Amberes es de 1994.

1422. La asistencia y salvamento se encuentran reguladas por la Convención de Bruselas de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de asistencia y salvamento marítimo, que fue ratificada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Por lo tanto ya tenemos derecho unificado en la materia. El ámbito de aplicación de la Convención se limita a los casos en que asistente y asistido sean buques de mar o por lo menos uno de ellos lo sea y el otro sea un buque de navegación interior, con independencia de las aguas en que se hayan prestado servicios (art. 1). La Convención establece un mecanismo tendente a lograr el equilibrio de los intereses de las partes, dando la posibilidad al juez, a instancia de parte, de anular o modificar la convención de asistencia y de salvamento concluida en el momento bajo la influencia del peligro, si él estima que las condiciones convenidas no son equitativas (art. 7.1). Esta facultad se extiende a todos los casos en que el consentimiento de una de las partes haya sido viciado o cuando la remuneración sea excesiva en un sentido o en otro y no esté en proporción con el servicio prestado (art. 7.2).

1423. Las normas sobre responsabilidad extracontractual en derecho marítimo se regulan mediante el instituto del abordaje. El mismo puede ser definido como "el choque o colisión entre dos o más buques" (Petrocelli / Nosei). La Convención de Bruselas de 1910 se aplica a los casos de "abordaje acaecido entre navíos de mar o entre navíos de mar y buques de navegación interior", independientemente de en qué aguas se haya producido el abordaje (art. 1), "cuando todos los navíos encausados pertenezcan a los Estados de las Altas Partes Contratantes, y en los casos previstos por las leyes nacionales" (art. 12). La aplicación de la Convención respecto de un Estado no contratante puede ser dispuesta por cada uno de los Estados contratantes a condición de reciprocidad (art. 12.1). Cuando todos los interesados pertenecen al mismo Estado que el tribunal que entiende en el asunto, se aplica la ley nacional y no la Convención (art. 12.2). La Convención no es aplicable a navíos de guerra ni a los

otros navíos del Estado exclusivamente afectados a un servicio público (art. 11). Regula las indemnizaciones debidas en razón de los daños causados a los navíos, a las cosas o personas que se encuentren a bordo.

F) Embargo y arresto de buque

1424. El embargo es la medida judicial que dispone la inenajenabilidad de un bien, en este caso un buque. Debe distinguirse del arresto, que es una medida cautelar limitada a la prohibición de zarpar de puerto. El arresto, que es una especie del género medidas cautelares, caracterizado por su instrumentalidad, su urgencia y su transitoriedad (tiene por finalidad localizar e inmovilizar al buque en determinada jurisdicción obligándolo a garantizar el pago de la deuda y en caso contrario, a hacer posible la adopción de otras medidas cautelares que garanticen el resultado del juicio). Se trata de una medida territorial de urgencia en la que no procede control de competencia internacional sobre el tema de fondo: la competencia para tomarla se basa exclusivamente en el principio de jurisdicción más próxima. Obviamente, sí procede el control de mérito de la petición (*fumus bonis juris* y *periculum in mora*).

2. Incidencia del derecho uniforme

1425. Los problemas que plantean las cuestiones de coordinación y vigencia entre las distintas normas son especialmente importantes cuando estudiamos dicha temática en el campo del derecho marítimo, por lo que merecen un breve comentario específico al respecto. En particular, el problema de si la ratificación de "convenciones para la unificación (...)" modifica el derecho positivo interno de los Estados ratificantes, o sólo agrega una norma más al derecho positivo de fuente internacional (y por tanto sólo vigente entre los países ratificantes de la convención en cuestión) es un tema de la mayor importancia.

El problema de la determinación del derecho de fondo aplicable a una determinada situación, no se agota con la consulta a la norma de conflicto aplicable al caso. Muy a menudo el derecho remitido, es el derecho de un país con el que no tenemos tratado, pero que es signatario de

una o varias "convenciones de unificación" que nuestro país no ha ratificado. La pregunta es: ¿aplicamos en dicha hipótesis el derecho interno del país remitido o aplicamos las normas de las convenciones de unificación que ese país haya ratificado? No cabe entrar en detalles de este debate, pero es evidente que un examen primario de los diversos tipos de convenciones que podemos encontrar, nos permite apreciar que algunas notoriamente se redactaron con intención de corregir y modificar el derecho interno y dar un contenido material uniforme al derecho positivo de los países ratificantes, mientras que otras se redactaron y aprobaron con intención de su aplicación exclusiva y limitada a las relaciones entre los países ratificantes. En el campo marítimo, parecen pertenecer a esta última categoría las Convenciones sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques (Bruselas 1957 y 1979) y sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos (Londres 1996) que no sólo no se titulan "Convenciones de unificación de ciertas reglas..." sino que están concebidas como un intercambio de normas proteccionistas entre países con intereses marítimos bajo estrictos principios de reciprocidad.

3. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

1426. El TMDComI de 1889 regula el contrato de fletamento y no el transporte, aunque antes se usaba el término fletamento en forma indistinta, para referirse tanto al fletamento arrendamiento de buque como al propio transporte. El art. 14 lo rige por "las leyes y tribunales del país en que está domiciliada la agencia marítima con la cual ha contratado el fletador". El inciso siguiente, que establece que "el fletamento que tiene por objeto la conducción de mercaderías o pasajeros entre puertos del mismo Estado, será regido por las leyes de éste", ratifica que la norma se refiere al contrato de transporte. El Tratado contiene normas sobre abordajes y naufragios, sobre gente de mar y sobre averías gruesas y comunes. Los abordajes en aguas territoriales se rigen por la ley territorial (art. 11); los abordajes en aguas internacionales se rigen por la ley de pabellón, si éste fuera el mismo en ambos buques (art. 12). Si se trata de

buques de distinta bandera se aplica la ley "más favorable al demandado" y es competente la justicia del país donde primero arriben los barcos. Para los naufragios en aguas territoriales también son competentes los tribunales del lugar de los hechos (art. 13) y si son en aguas internacionales son competentes los del país de bandera o los del domicilio del demandado a elección del actor. Los contratos de ajuste de la tripulación se rigen por la ley del lugar de celebración (art. 19), el orden interno del buque y las obligaciones de la gente de mar se rigen por la ley de matrícula del buque (art. 20).

Las averías gruesas se rigen por la ley de bandera del buque. Pero si ocurren en aguas de un único Estado, se rigen por la ley de éste. Debe advertirse que en la región es muy factible que la avería ocurra en varios territorios, ya que el accidente sucede a buques que se mueven entre países con un transporte fluvial activo en ríos fronterizos (art. 21). Y en cuanto al tribunal competente, las averías gruesas se conocen por los tribunales del puerto donde termina el viaje (arts. 24 y 25). Las averías particulares, en cambio, se rigen por la ley del contrato de fletamento (sigue refiriéndose al transporte) (art. 22). Los juicios de averías particulares se remiten a "los tribunales del país en que se entregue la carga" (art. 24). Esto tiene una importancia fundamental, ya que implica una modificación de las reglas del art. 14 sobre fletamento (que entendimos referidas al transporte): los juicios sobre averías particulares son mayoritariamente juicios por daños a la carga en los que lo que está en juego es la responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato de transporte.

1427. En el caso del buque *Río Los Sauces* ("*Nessembern Assurantien B.V. c/ ELMA*" y "*Royal Insurance c/ ELMA*"), fueron varios tanto los órdenes jurídicos afectados como los tratados involucrados. El buque *Río Los Sauces* descargó una carga de sulfatos en El Callao, Perú, y sin limpiar bien la bodega cargó en la misma una partida de algodón con destino a Montevideo. En el viaje de Perú a Uruguay sufrió un incendio, debiendo realizar una arribada forzosa en un puerto chileno en el estrecho de Magallanes. De allí se dirigió a Buenos Aires, donde declaró avería gruesa (Argentina era el país de bandera y matrícula del buque), y luego viajó a Uruguay, donde descargó el cargamento de algodón con serios daños provocados por incendio y mojadura. En los juicios subsi-

guientes, los dos juzgados de primera instancia y un tribunal de apelaciones uruguayos que intervinieron, coincidieron en señalar que tratándose de un transporte de Perú a Uruguay, debía aplicarse el TMDComI de 1889, el que si bien da competencia para conocer en los juicios sobre averías particulares a "los tribunales del país en que se entrega la carga" (art. 24), se remite, como ley aplicable respecto a las mismas, a la "ley del contrato de fletamento" (art. 22), lo que por remisión al art. 14 hace aplicable "la ley del domicilio de la agencia marítima" que realizó el contrato. Ello les permitió aplicar al reclamo sobre daños a la carga, la Convención de Bruselas de 1924, en tanto que tratado ratificado por Perú, aunque Uruguay no lo hubiera ratificado. Simultáneamente, la naturaleza de la avería se debía resolver por la ley de bandera del buque (Argentina) conforme el art. 21. La sentencia terminó aplicando las Reglas de York Amberes de 1974 (remisión aceptada por los tres países) y rechazó la alegación de avería gruesa, expresando que en los tres órdenes jurídicos involucrados la culpa en la generación del incendio, por falta de limpieza previa de la bodega, impedía declarar avería gruesa y pretender repartir con la carga los daños y gastos sufridos.

1428. El TMDComTI de 1940 comienza por distinguir fletamento de transporte (si bien los regula dentro de un mismo Título). La regla básica en materia de transporte está dada por los arts. 25 a 28. Tanto el fletamento, como el transporte de mercaderías y personas entre puertos de los diversos Estados miembros, se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato, con la expresa aclaración de que "se entiende por lugar de ejecución el del puerto de descarga de las mercaderías o desembarco de personas" (art. 26). Y por el artículo 28, son competentes para conocer en los respectivos litigios, los tribunales del lugar de ejecución, sin perjuicio de la alternativa de recurrir "a opción del demandante" a los tribunales "del domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario".

Esta doble regla (la de la ley y tribunal del lugar de destino y la de prohibición de la autonomía de la voluntad en la materia) responde a la mejor defensa de los intereses regionales y además a la mejor tradición argentino-uruguaya. Dicha solución de los Tratados de Montevideo es conocida internacionalmente como la "Regla de Buenos Aires", ya que

fue la solución preconizada por la delegación argentina en la Conferencia de la *International Law Association* celebrada en Buenos Aires en 1922. La misma fue consagrada por la histórica sentencia de la CSJN argentina en el famoso caso "*Compte c/ Ybarra*" (1936).

1429. La nacionalidad del buque (arts. 1 a 4) se rige por la ley del Estado que le otorgó bandera. Y esta misma ley rige la transferencia de la propiedad, los privilegios y derechos reales; el cambio de bandera no perjudica los privilegios y derechos existentes. El derecho a embargar el buque, en cambio, se rige por la ley de lugar de situación, lo que introduce el principio de la jurisdicción más próxima. En materia de abordajes (arts. 5 a 11) el texto mejora las disposiciones de 1889. Los abordajes en aguas territoriales siguen sometidos a la ley y los tribunales del lugar, y los abordajes en aguas internacionales entre buques de la misma bandera por la ley del pabellón. Respecto a los abordajes entre buques de distinta bandera en aguas no jurisdiccionales, se establece que "cada buque está obligado en los términos de la ley de su bandera, no pudiendo obtener más que lo que ella le concede". La jurisdicción competente se rige por el art. 8, que permite al actor optar entre los tribunales del domicilio del demandado y los de matrícula, y agrega una tercera opción, que plantea por primera vez el *forum arresti* en nuestro medio: la jurisdicción de los tribunales que embargaron el buque. Este es un principio general en derecho marítimo, que es el complemento necesario del principio de jurisdicción más próxima. El art. 10 ratifica el derecho de los acreedores por motivo de abordaje de arrestar y embargar la nave sin restricciones.

La asistencia y el salvamento en aguas nacionales se rigen por la ley territorial y la asistencia en aguas internacionales se rige por la ley del pabellón del buque asistente. La jurisdicción puede variar, a opción del actor, entre los tribunales del domicilio del demandado, los del país de bandera del auxiliado, o en los del puerto donde el buque auxiliado hiciere su primera escala (lo que también permite embargarlo allí) (arts. 12 a 14). Las normas sobre averías mejoran también la regulación de 1889 (arts. 15 a 19). La ley de nacionalidad del buque determina la naturaleza de la avería (esto era una modificación imprescindible ya que el texto de 1889 regulaba averías gruesas y particulares por leyes diferentes, pero no decía cómo determinar si la avería era común o particular).

La avería gruesa se rige por la ley del puerto donde se realice la liquidación de la avería (art. 17) y la misma debe liquidarse "en el puerto de destino, y si éste no se alcanzare, en el puerto donde se realice la descarga". Son competentes los tribunales de ese mismo puerto, y el art. 19 agrega: "siendo nula toda cláusula que atribuya competencia a los tribunales de otro Estado", con lo que la autonomía de la voluntad está severamente prohibida otra vez, lo que es altamente conveniente en una realidad comercial, como la marítima, en la que las cláusulas de elección de tribunal figuran en formularios impresos con letra ilegible, no negociadas ni consentidas. En la avería particular se distingue: las averías del buque se rigen por la ley de bandera, y las averías de la carga se rigen por la ley del contrato de fletamento o de transporte.

Los contratos de ajuste de la gente de mar se rigen por la ley de la nacionalidad del buque donde prestan sus servicios (lo que cambia la norma de 1889 que era altamente inconveniente: un buque con tripulación contratada en diversos puertos a medida que viaja y ésta se renueva, tendría tripulantes con regímenes laborales diversos e incompatibles). La disciplina y el orden interno del buque también se rigen por la ley de bandera (arts. 20 a 24). Existe una serie de normas adicionales: los contratos de seguro se rigen por la ley del domicilio de la sociedad aseguradora, las hipotecas y derechos reales por la ley de bandera del buque, que es donde se registran, el préstamo a la gruesa por la ley del lugar donde se hace el préstamo. Los artículos 34 a 42 regulan todo lo relativo a buques del Estado.

B) Código Bustamante

1430. Las normas sobre "comercio marítimo y aéreo" contenidas en el CB son bastante insuficientes y crean diversos problemas. La primera dificultad se deriva del concepto de fletamento, donde se repite la confusión del TM de 1889. No existe norma sobre transporte, aunque el art. 286 expresa que "el fletamento, si no fuere un contrato de adhesión, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercaderías. Los actos de ejecución del contrato se ajustarán a la ley del lugar en que se realicen". El CB no dice nada sobre la ley aplicable a los contratos de transporte bajo conocimiento de embarque, que son los que generan el grueso de la

problemática litigiosa del derecho marítimo. Si intentáramos solucionar este punto asumiendo que se usó fletamento como sinónimo de transporte, igual los problemas no hacen más que empezar: ¿Qué quiere decir la excepción "si no fuere un contrato de adhesión"? El fletamento generalmente es un contrato de adhesión y el transporte bajo conocimiento de embarque siempre lo es. Por lo tanto todos los contratos de fletamento pactados mediante un formulario y todos los transportes bajo conocimiento de embarque están excluidos. ¿Y en ese caso, qué rige? Si nos remitimos a la autonomía de la voluntad de las partes, parece bastante incongruente que ella se invoque para los contratos de adhesión (donde no hay libre consentimiento) y no para los contratos negociados.

En cuanto a la norma de conflicto en sí, ésta es bastante confusa. Se remite en primer término a la *lex loci celebrationis*, pero luego agrega que los actos de ejecución se rigen por la ley "del lugar donde se realicen". Esto debería llevarnos a la *lex loci solutionis* en cuanto al cumplimiento, pero el tema dista de ser claro: en lugar de referirse al lugar de cumplimiento y definirlo expresamente como el lugar de entrega de la carga, como lo hace el TM de 1940, se refiere al lugar donde se realicen actos de ejecución: por actos de ejecución de un contrato pueden entenderse todos los que se realizan durante su vigencia (recibir la carga, estibarla, cuidarla, descargarla) y no sólo el cumplimiento final. Ello nos llevaría a una situación caótica en la que la ley aplicable al contrato va cambiando a medida que el buque viaja, lo que es absolutamente inadmisible e inaplicable. Esta problemática no se soluciona por la vía de sostener que la expresión "fletamento" en el art. 285 no se refiere al transporte. La solución sería peor aún referida al fletamento-arrendamiento de buque. Nadie puede imaginar que los derechos y las obligaciones de las partes en un contrato de arrendamiento de un bien mueble, vayan variando a medida que el buque viaje y se desplace entre diversas jurisdicciones.

1431. Respecto a otras instituciones del derecho marítimo, el CB tiene normas de conflicto que no son tan problemáticas y que en general se limitan a recoger principios de aceptación universal. La ley del pabellón del buque rige la propiedad de la nave (art. 275), los derechos de los acreedores después de la venta (art. 276), las hipotecas y los privilegios

(art. 278), los poderes y las obligaciones del capitán (art. 279), el orden interno del buque y las obligaciones de la tripulación (art. 281), las facultades del capitán para pedir un préstamo a la gruesa (art. 286) y la determinación de si la avería es simple o común (art. 288). Es bastante criticable que se incluya dentro de la ley de la bandera (art. 279) "la responsabilidad de los propietarios y navieros" por los actos del capitán, lo que podría introducir un factor distorsionante en el derecho aplicable a la responsabilidad por los contratos que el capitán celebre.

La ley territorial de situación del buque rige el derecho a embargarlo, la actividad de los prácticos y los actos de policía sanitaria y los abordajes en aguas territoriales. Los abordajes en aguas internacionales se rigen por la ley de bandera si ambos buques tienen el mismo pabellón. En caso contrario, si el abordaje es culpable se rige por la bandera del buque culpable (otra solución inadecuada: quién es culpable puede variar según cuál sea la ley aplicable). Si el abordaje es fortuito, en alta mar y entre buques de diversas banderas "cada una soportará la mitad de la suma total del daño, repartido según la ley de una de ellas y la mitad restante repartida según la ley de la otra" (art. 294).

C) Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra sobre transporte fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná

1432. Recientemente se ha emprendido en la región, a través del Tratado de la Hidrovía, un esfuerzo importante para unificar el derecho internacional marítimo de la zona. Esta tentativa surge claramente del Protocolo de navegación y seguridad que acompaña al Tratado principal, lo cual nos impone una mirada breve a este Tratado o Acuerdo, absolutamente imprescindible para nuestra región pero cuyo texto, título y técnica de puesta en vigencia presentan tantas imprecisiones que dificulta la tarea de intérpretes y usuarios del sistema. La Hidrovía es un sistema integrado de libre navegación y transporte de mercaderías por vía fluvial que se está intentando establecer en toda la Cuenca del Plata. La misma se ha concretado mediante el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra sobre transporte fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná y constituye uno de los instrumentos de integración económica más importantes celebrados por los países del Cono Sur. Mediante este Acuerdo se intenta

lograr un sistema integrado de libre navegación y transporte de mercaderías que habilite el uso de una vasta cuenca fluvial (cuyos costos operativos son notoriamente inferiores a los del transporte terrestre), en forma de dar salida al mar a la producción de una región que integra el corazón mismo del continente. Este instrumento fue el resultado de una serie de reuniones y negociaciones diplomáticas que llevaron más de veinte años, y cuyo antecedente podría ubicarse en la reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata celebrada en Buenos Aires en 1967.

1433. El Tratado de la Hidrovía tiene una multitud de normas sobre todas las materias referidas a la libertad de tránsito y navegación de la cuenca fluvial. A ellas se agregan nueve protocolos adicionales. Nos interesa el Protocolo de navegación y seguridad, por cuanto el mismo incluye una serie de normas de DIPr (de conflicto) y una serie de normas de derecho de fondo que pretenden poner en vigencia, para todos los países miembros, otras tantas convenciones de derecho marítimo (derecho material, de fondo). Dichas normas se superponen con las de los Tratados de Montevideo, que vinculan a las mismas partes excepto Brasil. Tal problemática agrava los problemas que ya planteaban los propios TM, si tenemos en cuenta que los mismos implicaban una dificultad interpretativa grande, desde que cuatro de los miembros (Argentina, Paraguay, Uruguay y Bolivia) eran ratificantes de los Tratados de 1889 y tres (Argentina, Paraguay y Uruguay) lo eran de los Tratados de 1940. Posiblemente lo más sensato hubiera sido remitirse todos a los TM de 1940, pero ello contó con la oposición cerrada de Brasil; esto no parece comprensible dado que los textos aprobados son casi idénticos a los de dichos tratados.

Más sensata ha sido la técnica seguida respecto a determinadas normas de fondo que regulan la seguridad de la navegación en la Hidrovía. En lugar de repetir normas de terceros tratados, el texto del Protocolo se remite a los mismos y los hace aplicables directamente entre las partes (claro que ello no soluciona el problema provocado por la decisión de poner el Acuerdo en vigencia sin pasar por el Parlamento).

Para agregar un factor adicional de futura conflictividad, el texto limita la jurisdicción competente a la del país de los hechos (con todas las dificultades anotadas) y priva al actor de la opción de concurrir a los tri-

bunales del domicilio del demandado (opción aceptada como base de jurisdicción en todos los sistemas de DIPr) así como las opciones de concurrir a los tribunales del país de matrícula del buque auxiliado, o a los del primer puerto de arribada o escala, que se incluían sabiamente en el art. 13 del TM.

IV. Transporte aéreo

1. Aspectos generales

1434. El contrato de transporte aéreo está regido en todo el mundo por la Convención de Varsovia de 1929 (Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional –CV–); es la convención internacional con mayor número de ratificaciones, incluyendo los cuatro Estados del MERCOSUR. Junto con una serie de protocolos adicionales y proyectos de convenciones modificativas (La Haya 1955, Guadalajara 1961, Guatemala 1971 y los Protocolos de Montreal 1975) constituye la más exitosa experiencia de unificación internacional del derecho material aplicable a la regulación de uno de los aspectos básicos del comercio internacional. Se aplica directamente a las hipótesis comprendidas en su ámbito de aplicación material, espacial y temporal.

El ámbito de aplicación de la Convención comprende al transporte aéreo internacional, remunerado (en todos los casos) y al transporte remunerado o gratuito cuando lo realiza una empresa de transporte aéreo. No se aplica al transporte gratuito realizado por aeronaves que no sean operadas por empresas de transporte (art. 1.1). Pero el art. 1.2 excluye al transporte realizado entre países no ratificantes, y al realizado entre un país ratificante y uno no ratificante. Dice que sólo se calificará como "transporte internacional" aquél en el cual "(...) el punto de partida y el de destino, haya o no interrupción del transporte o transbordo, están situados en territorio de dos Altas Partes Contratantes (...)". Esta limitación ha creado problemas infinitos a los operadores, ya que la carga que llega a un país ratificante puede estar sometida a regímenes distintos de prescripción, plazos de protesta, límites de responsabilidad, etc., según el país de origen. Los operadores deberían decidir sus pasos y las

medidas a tomar previa consulta de una tabla de ratificantes actualizada. Agrega el mismo artículo una segunda hipótesis comprendida en el concepto de transporte internacional: la de un vuelo entre dos aeropuertos comprendidos en territorios sometidos a la soberanía de una misma "Alta Parte Contratante", cuando hiciere escalas en un aeropuerto en el territorio sometido a otra Alta Parte Contratante. Esto era una situación común en 1929 debido a la enorme extensión de los imperios coloniales, pero actualmente se ha vuelto un caso prácticamente inexistente.

El ámbito de aplicación es regulado también por el art. 31.1 que establece: "En los casos de transportes combinados efectuados en parte por aire, y en parte por cualquier otro medio de transporte, los preceptos de la presente Convención sólo serán aplicables al transporte aéreo si en éste concurren las circunstancias expresadas en el art. 1". Este texto tiene una importancia fundamental por cuanto establece una regulación adecuada al fenómeno del transporte multimodal (que llama transporte combinado). Y el inc. 2 agrega que los operadores de transportes combinados pueden incluir en la carta de porte disposiciones relativas a los demás medios siempre que respeten las disposiciones de la Convención respecto al transporte aéreo. En el caso uruguayo *"London Lancashire c/ Aerolíneas Argentinas"* (1990) se trató de un transporte de 15 bultos con 900 cámaras Casio desde Taiwan a Montevideo. Los bultos llegaron recintados (es decir violados y vueltos a cerrar) y llenos de piedras. El transporte era multimodal. El tramo Taiwan-San Francisco se hizo por barco, hubo un tramo San Francisco-Miami en camión y luego el tramo Miami-Montevideo se hizo por avión. La sentencia de primera instancia decidió que la Convención era inaplicable, por cuanto el punto de partida (Taiwan) estaba en un país no ratificante. La sentencia de segunda instancia, en cambio, aplicó el art. 31 y revocó la decisión anterior: en la medida en que el tramo aéreo se había realizado entre dos países ratificantes (Estados Unidos y Uruguay) la aplicabilidad de la Convención al tramo de transporte aéreo era indudable.

1435. El Tribunal competente es "a elección del demandante" el del domicilio del transportador, o el del lugar de celebración, o el del lugar de destino (art. 28.1). Por domicilio del transportador se entiende el "de la sede principal de su explotación o del lugar donde posea un estable-

cimiento por cuyo intermedio se hubiera celebrado el contrato". Por tribunal del lugar de destino, debe entenderse el del destino final pactado en el contrato, o sea el lugar de cumplimiento. Se trata de un régimen de orden público (art. 32): las partes no pueden renunciar a su aplicación y no valen las cláusulas de jurisdicción que se introduzcan en los contratos; menos aún valen las cláusulas unilaterales impresas al dorso de los conocimientos.

En el caso planteado ante tribunales uruguayos *"La Mannheim c/ PLUNA y Flying Tigers"* (1994), se plantearon tanto problemas de ley aplicable como de jurisdicción competente. Se trataba de un transporte de 39 cajas con computadoras desde San Francisco a Montevideo en la empresa *Flying Tigers*, la cual no llegó nunca a Uruguay, sino que transbordó a un avión de PLUNA en Río de Janeiro. PLUNA entregó en Montevideo una carga con irregularidades y faltantes varios. La compañía de seguros demandó a PLUNA en función del art. 30.3 de la Convención que hace responsable al último transportador efectivo ante el receptor de la carga (sin perjuicio de la solidaridad de todos los integrantes de la cadena y las acciones recíprocas entre sí). PLUNA citó en garantía a *Flying Tigers* en base a la misma disposición. No obstante ello, PLUNA negó que la Convención de Varsovia fuera el derecho aplicable y alegó que no teniendo relación contractual con los importadores, el derecho aplicable era la Convención de Guadalajara sobre transporte no contractual. Por su parte *Flying Tigers* opuso excepción de falta de jurisdicción alegando que no tenía domicilio en Uruguay y que el lugar de entrega de la carga por su parte había sido Río de Janeiro y no Montevideo. La sentencia desechó con razón ambas pretensiones. La Convención de Guadalajara no sólo no ha sido ratificada por Uruguay, sino que la situación de PLUNA era exactamente la regulada por el art. 30.3 CV, por lo tanto debía considerársele un transportador contractual sumado a la cadena de transportadores sucesivos subcontratados dentro del marco del contrato madre. La excepción de incompetencia fue igualmente rechazada en la medida que el criterio retenido es el "lugar de destino" refiriéndose al destino final pactado. Un transportador no puede cambiar dicho criterio (y el tribunal competente) por la vía de no entregar la carga en destino y dejarla por el camino.

1436. El art. 30 rige el transporte sucesivo, haciendo responsables solidariamente a todos los integrantes de una cadena de transportes y permitiendo al importador en el destino final, accionar contra el último transportador. La sabia norma del art. 30 CV declara la responsabilidad solidaria de todos los involucrados en la cadena del transporte y permite la acción directa del destinatario contra el último transportador y del exportador contra el primero. Ello soluciona todos los graves problemas respecto a la legitimación activa y pasiva que plantean estas formas operativas en el transporte marítimo y terrestre.

1437. El art. 18 CV establece que "el transportador es responsable del daño causado en casos de destrucción, pérdida o avería de equipajes registrados o de mercancías, cuando este daño ocurra durante el transporte aéreo". Y agrega "(...) todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho acaecido durante el transporte aéreo". Tal principio general –propio de la responsabilidad contractual– implica que el transportador (verdadero depositario de la carga) debe la indemnización por el solo hecho de no entregar o dañar la carga, sin que sea necesario probar culpa de su parte. En este sentido se resolvió el caso planteado ante tribunales uruguayos, *"La Mannheim c/ Lan Chile"* (1993).

En cuanto al período durante el cual el transportador es responsable, el art. 18.1 establece que responsabilidad del transportador existe "(...) cuando el acontecimiento que ocasionó el daño se haya producido durante el transporte aéreo". Se aparta de la teoría central de las obligaciones de resultado (debería bastar con que el daño exista para que el que no logra entregar la carga en buenas condiciones fuera responsable). Una interpretación demasiado literal de este texto podría parecer como poniendo sobre las espaldas de la víctima la pesada carga de demostrar dónde se produjo el faltante o el daño. Para atenuar estos efectos se establecen a continuación una serie de presunciones a favor de las víctimas, cuya redacción tampoco es del todo feliz.

Respecto a los pasajeros, el art. 17 hace responsable a la compañía aérea por daños personales "(...) cuando el accidente que ocasionó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque". La jurisprudencia internacional tuvo una serie de juicios de singular importancia en relación con este tema,

derivados de la invasión de Kuwait por Iraq y la toma de rehenes por parte de los iraquíes, quienes capturaron a los pasajeros en tránsito que esperaban en el aeropuerto. Se discutía si esta situación estaba dentro del régimen de responsabilidad regulado por la Convención, en el sentido de los términos del art. 17. La decisión fue afirmativa. En la sentencia de la *Court of Appeals* inglesa en el caso *"Sidhu vs. British Airways"* (1996), en que curiosamente los pasajeros reclamantes pretendían que el episodio estaba fuera de la Convención y se regulaba por el régimen común de responsabilidad extracontractual, a fin de escapar al plazo de dos años del art. 29 CV, ya que habían iniciado la acción después de vencidos los dos años, la decisión que hacía responsable a la compañía aérea por la suerte de sus pasajeros en tránsito, que estaban en el aeropuerto mientras el avión reponía combustible, significó en este caso exonerar a *British Airways* de responsabilidad.

Pero el art. 18 sigue regulando el tema y agrega en el inc. 3 una norma de dudosa razonabilidad: "El período del transporte aéreo no comprenderá ningún transporte terrestre, marítimo o fluvial efectuado fuera de un aeródromo (...)". Nos parece que el inciso 3 del art. 18 debe leerse en el sentido de que los transportes terrestres, fluviales o marítimos intermedios, no se regulan por el sistema de la convención: es decir quedan sometidos a las normas que rigen el transporte terrestre, fluvial o marítimo en cada caso. No sería aceptable interpretar este texto como exonerando al transportador de su obligación de seguridad de los pasajeros o de sus obligaciones de cuidado de la carga durante los transportes intermedios entre aeropuertos.

2. Dimensión convencional americana

A) Tratados de Montevideo

1438. Los TM no hacen ninguna referencia expresa al transporte aéreo, a excepción del art. 15 del TMDComTI de 1940, que extiende el régimen del transporte terrestre al mixto o multimodal. En todo caso, el contrato de transporte aéreo cabe dentro del alcance de la categoría actos jurídicos, regulada en ambos TMDCI (arts. 32 y ss. y 36 y ss., respectivamente).

B) Código Bustamante

1439. El CB regula en el Título 3 (arts. 274 a 294) el "comercio marítimo y aéreo"; no obstante las normas se refieren casi exclusivamente al transporte marítimo, agregando el art. 283 del Capítulo I que "las disposiciones precedentes de este Capítulo se aplican también a las aeronaves". Podría deducirse de tal texto que las disposiciones subsiguientes de los arts. 284 y 285 no se aplican, si no fuera porque de su lectura surge que también se aplican, ya que declaran de orden público internacional las disposiciones sobre nacionalidad de buques y aeronaves y sobre nacionalidad de sus propietarios. La misma duda podría plantearse respecto al Capítulo II, que si bien regula instituciones típicas del derecho marítimo (el fletamento, el préstamo a la gruesa, el abordaje) las mismas podrían hacerse extensibles *mutatis mutandis* al derecho aeronáutico. Incluso las normas sobre abordaje refieren expresamente al abordaje en "aire nacional" o al abordaje en "aire libre".

V. Transporte multimodal

1. Aspectos generales

1440. El transporte sucesivo uni o multimodal, existe desde tiempo inmemorial y se relaciona con la utilización del *through bill of lading* o "conocimiento directo". Se trata de un documento por el cual un transportador recibe una carga en un punto dado y se compromete no sólo a llevarla a un punto intermedio de su destino final, sino a subcontratar un nuevo medio de transporte y lograr que éste lleve nuevamente la carga desde el punto intermedio hasta dicho destino. Los derechos y las obligaciones que derivaban de dichos documentos y su propia naturaleza fueron objeto de un intenso debate doctrinario. Las Reglas de Viena de 1933 sobre créditos documentarios, aceptaron que los conocimientos directos eran conocimientos de embarque, con todas y cada una de sus características, en especial la posibilidad de servir como título valor representativo de la mercadería y por lo tanto negociable bancariamente. No obstante ello, siguió siendo tema de debate cuál era el régimen de res-

ponsabilidad derivado de estos documentos. En especial, cuál era la responsabilidad recíproca entre sí y frente a terceros del transportador contractual que emitió el documento y de los transportadores efectivos que cumplieron el contrato en destino.

1441. En el transporte marítimo los intereses armatoriales se opusieron férreamente a admitir tal responsabilidad. Pero en los sectores aéreo y terrestre primó la única solución admisible tanto para el transporte combinado (actualmente diríamos sucesivo multimodal) como para el transporte sucesivo unimodal: la responsabilidad acumulativa del transportador contractual original con el segundo transportador que recibió los bienes del primero. Toda vez que se expide un conocimiento de embarque directo (comprenda uno o varios medios de transporte), si el conocimiento es transferido a un tercero comprador de buena fe, éste deberá tener acción tanto contra el transportador contractual como contra el transportador efectivo que entrega la carga en destino. Tal fue la solución adoptada por la CV de 1929 para el transporte aéreo sucesivo (arts. 30.3 y 31.1) y en el TMDComTI de 1940 (art. 16) para el transporte terrestre sucesivo y también para el "mixto" o multimodal.

1442. En los últimos años el transporte en base a conocimientos directos se expandió enormemente, en razón de una innovación tecnológica, la invención del contenedor, a la cual siguieron una serie de innovaciones negociales que se plantearon a partir de las nuevas modalidades operativas de los *freight forwarders* u operadores multimodales. El contenedor fue originariamente una caja del tamaño de un vagón de ferrocarril que podía ser llenada en fábrica sobre la parte trasera de un camión, instalada luego sobre el vagón ferroviario, y ser levantada íntegra y sin abrirla por una grúa que la sube a un barco, para repetir luego el procedimiento inverso en destino, descargando directamente el adminículo cerrado desde la bodega a un camión.

La eficacia de este sistema y el ahorro de costos consiguiente fue tan abrumador que comenzó a utilizarse como técnica de transporte preferida en todos los modos. En el único sector en el cual el contenedor de veinte pies (que es el más habitual) no ha ocupado el noventa por ciento del mercado es en el modo aéreo, donde por razones obvias de tamaño,

las dimensiones de "*containerización*" deben ser más pequeñas y sigue siendo la regla general el transporte en unidades sueltas, a lo sumo concentradas en *pallets* (plataformas que permiten meter las uñas del motoelevador por debajo, con un grupo de cajas cubiertas por nylon termocontraíble u otra protección similar). Pero para los otros dos modos, comenzaron a desarrollarse los contenedores sobre dimensiones uniformes de 10, 20, 30 y 40 pies, transportables y estibables en forma modular: el lugar de un contenedor de 40 pies es ocupado por dos de 20' o cuatro de 10', lo que permitió cambiar el diseño de los medios de transporte. Al decir de Martorell, se logró una unidad de transferencia compacta, cualquiera sea el medio, haciendo posible la mecanización de las operaciones de trasbordo y el control computarizado de dicha operativa con total precisión.

Con respecto a su naturaleza jurídica, la gran polémica fue si el contenedor era una forma de empaque o una prolongación de bodega. Ambos enfoques eran válidos inicialmente: un transportador no habituado a operar con contenedores al que un fabricante le contrataba un flete marítimo y le entregaba un contenedor cerrado de fábrica, podía decir que estaba recibiendo mercadería con un empaque especial, pero que el contenedor no era en última instancia otra cosa que una nueva forma de caja que utilizaba el exportador. Pero a partir de la aparición de los buques portacontenedores, los contenedores son parte integrante de la tecnología del buque y los suministran los propios buques, son en general del armador y con su logotipo pintado en él, o a veces arrendados a las nuevas organizaciones especializadas en ello, por lo que la naturaleza de este adminículo cambió radicalmente; es por ello que el usuario los ve como una prolongación de bodega. El punto es de gran importancia con relación al tema de las consecuencias de su utilización y de los daños que pueda sufrir la mercadería por mal estado de conservación (entrada de agua de lluvia o de mar, entre otros peligros) del contenedor.

1443. El principal problema derivado de la aparición de los operadores multimodales es que la casi totalidad de los conocimientos de embarque con los que los exportadores de todas las latitudes cobran sus cartas de crédito, están emitidos por estos operadores, que son por definición insolventes. Cuando acaecen problemas con la carga suele su-

ceder que el operador que emitió el conocimiento alegue que su carácter es de mero intermediario, que nunca tocó la carga, que sólo manejó la documentación y que no tiene nada que ver con ese contenedor caído al agua, vaciado o robado. La situación de los propietarios de la carga se vuelve bastante preocupante cuando intentan dirigir sus reclamos a los transportadores efectivos y éstos les contestan que nunca contrataron con ellos y que por tanto carecen de legitimación pasiva. Nótese que en todo transporte realizado bajo un conocimiento "único y directo" (el fenómeno no se circunscribe al transporte multimodal o al transporte sucesivo unimodal, sino que se ha extendido a todo el transporte) existe: un transportador contractual y un transportador efectivo, el cual puede subdividirse en un primer transportador, infinitos transportadores intermedios y un último transportador que entrega la carga. Los problemas que provoca esta forma operativa son muchos y conviene verlos uno a uno. Pero previamente señalemos que las dificultades de identificar la naturaleza jurídica de estas nuevas formas operativas y de los documentos que estos operadores emiten, es un problema universal (Ramberg).

La difícil categorización de las actividades de estos operadores ha repercutido en primer término en la propia compraventa internacional de mercaderías, de la que el transporte es un contrato auxiliar, y también en los mecanismos de pago a distancia, particularmente en las transacciones llevadas a cabo con créditos documentarios, para los cuales el conocimiento de embarque es el instrumento fundamental. La transformación del *freight forwarder*, de mero agente a transportador contractual a nombre propio, trae aparejada la adopción del citado conocimiento de embarque directo, como instrumento preferido para la negociación y el pago de mercaderías. Para ello ha sido de gran utilidad el modelo de Conocimiento de Embarque Multimodal de 1992 aprobado por FIATA, cuya utilización no se limita al transporte multimodal, sino que se extiende a los tramos unimodales. Los Tratados de Montevideo de 1940, al regular lo que llamaron "carta de porte única y directa", previeron este problema, adelantándose cuarenta años a las primeras regulaciones europeas.

1444. Paralelamente, toda esta problemática ha desembocado en una proliferación de proyectos de leyes y convenciones sobre el tema, como el proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre el transporte mul-

timodal internacional de mercancías, aprobado en Ginebra en 1980, acerca de cuya inviabilidad se han manifestado diversos especialistas en diferentes oportunidades. Cabe también mencionar el "Proyecto de Ley Tipo de transporte multimodal de mercaderías", aprobado en el 2° Simposio Internacional sobre el tema celebrado en Córdoba en 1987, la Decisión N° 331 del Acuerdo de Cartagena (aprobada en marzo de 1993), que pretende regular el transporte multimodal en los países de la subregión, el Convenio de transporte multimodal internacional del MERCOSUR (aprobado en Ouro Preto en diciembre de 1994), el Proyecto de acuerdo regional sobre transporte multimodal para América del Sur, aprobado en la reunión de Ministros de Transporte de América del Sur realizada en Montevideo en noviembre de 1996. Esta multitud de proyectos no sólo contienen normas de fondo que merecen serios reparos, sino que amenazan con crear una situación legislativa caótica si todos llegan a ser aprobados.

Dada la imposibilidad material de analizar aquí la totalidad de los proyectos y anteproyectos que han ido apareciendo en esta especie de primavera legislativa, nos limitaremos a señalar algunas pautas y caminos con los que la jurisprudencia ha ido enfrentando la problemática del transporte multimodal y a efectuar un breve análisis de los Tratados de Montevideo de 1940 (únicos efectivamente vigentes), y del Acuerdo de transporte multimodal del MERCOSUR (que, como veremos, ha tenido una pretensión de vigencia regional que ha terminado frustrándose).

2. Dimensión convencional americana: Tratado de Montevideo de 1940

1445. El único punto en el cual el TMDComTI de 1940 incluyó normas materiales, además de las normas de conflicto, es justamente en la regulación del transporte sucesivo unimodal y multimodal. Refiere al transporte internacional por servicios acumulativos y lo reputa único "cuando se celebra mediante la expedición de carta de porte única y directa, aunque se realice mediante la intervención de empresas de diferentes Estados" y hace extensible la disposición al transporte mixto o multimodal. El desarrollo del transporte internacional por servicios acumulativos es

posiblemente el fenómeno tecnológico más importante de los últimos años del siglo XX. La expresión "multimodal", aunque universalmente aceptada, parece insuficiente en la medida que no comprende el transporte sucesivo unimodal, que tiene una problemática y características similares en todo al multimodal. Por ello la visión de los redactores de los TM de 1940, al prever con tantos años de anticipación una normativa adecuada a estos fenómenos, merece resaltarse, ya que al hablar de "transporte internacional por servicios acumulativos", se aplica tanto al transporte internacional terrestre unimodal, como al transporte internacional multimodal, que el art. 15 llama "mixto, por tierra, agua o aire".

La interpretación jurisprudencial de este texto fue establecida en Uruguay por tres casos consecutivos y similares de transporte internacional ferroviario sucesivo que llegaron hasta la Suprema Corte de Justicia, donde resultaba aplicable dicho Tratado. Los tres se caratulaban *"La Mannheim c/ A.F.E"* y las sentencias se dictaron una en 1990 y las otras dos en 1991. En esos casos se discutió la responsabilidad del último transportador efectivo (el ferrocarril uruguayo) en un transporte ferroviario sucesivo, dentro del marco de un contrato de transporte de varios vagones de algodón paraguayo desde Asunción hasta Montevideo. Uno de los vagones se perdió íntegro en los tres casos, aparentemente en territorio paraguayo. El asegurador pagó la indemnización al importador uruguayo y demandó al último transportador conforme el Tratado. La demandada no citó en garantía al ferrocarril paraguayo, como hubiera podido hacer conforme la regla de la repetición contenida en el art. 16, sino que prefirió defenderse negando el carácter de carta de porte "única y directa" al documento que fundaba la demanda e intentando que no se aplicara el Tratado. Ello llevó a discutir si se trataba de un único contrato internacional de transporte terrestre de mercaderías por servicios acumulativos cumplidos sucesivamente por tres empresas nacionales diferentes, o si por el contrario existían tres contratos nacionales independientes.

El art. 15 del Tratado establece como condición para que el contrato de transporte internacional por servicios acumulativos se repute único, el hecho de que "se celebre mediante la expedición de carta de porte única y directa". Y agrega la norma, para que no quepan dudas: "aunque el transporte se realice mediante la intervención de empresas de diferen-

tes Estados". En el primero de los casos citados, el fallo de primera instancia concluyó que el documento en que se basó la demanda "es una verdadera carta de porte que documenta un transporte internacional por servicios acumulativos prestados por empresas de diferentes Estados" y que la misma es "única y directa". Esta posición fue confirmada en segunda y en tercera instancias, en base a una serie de argumentos, que merecen ser destacados: se expidió una sola carta de porte en la que consta el lugar de expedición (Asunción) y el lugar de destino (Montevideo) de la mercadería. La carta de porte era "única", ya que hay un solo documento y especialmente por el simple hecho de que no se expidieron cartas adicionales por los tramos parciales. Las sentencias en las tres instancias señalan que este hecho no se ve afectado por la circunstancia de que se haya expedido cierta documentación complementaria e interna, propia de cada empresa ferroviaria interviniente, como la "nota para expedición de cargas y animales". Estos documentos son de uso interno –deben acompañar la carga durante su trayecto en territorio nacional– y no reúnen los caracteres exigidos para la carta de porte por el art. 165 del CCom. Se trata de simples notas internas, y no están firmadas por las partes del contrato de transporte.

1446. El art. 14 nos indica cuál es el derecho aplicable a la categoría a través de una norma de conflicto: con respecto a todo lo que concierne al cumplimiento y a la forma de ejecución de las obligaciones relativas a la entrega de la mercadería en destino, es aplicable la ley del "Estado en donde se entrega o debió entregarse la carga al consignatario". Con respecto a la forma, efectos y naturaleza de las obligaciones de los contratantes, la norma distingue dos hipótesis: 1ª) cuando el contrato deba ejecutarse en varios Estados, se regularán por la ley del lugar de su celebración; 2ª) cuando deba ejecutarse en el territorio de un solo Estado, por la ley de éste. Alfonsín sostuvo que la expresión "debe ejecutarse" comprende todos los actos del transportador (carga, cuidado, entrega). Por lo tanto la segunda hipótesis sólo se referiría a los transportes internos. La primera sería en cambio la de todos los transportes internacionales. Por lo tanto la norma implicaría en todos los casos de transporte internacional terrestre o mixto un desmembramiento: forma, efectos y naturaleza de las obligaciones se regirían siempre por la ley del

lugar de celebración, mientras que el cumplimiento y la forma de ejecución de las obligaciones lo sería siempre por la ley del lugar de entrega de la carga. Boggiano también niega al lugar de ejecución su condición de lugar de cumplimiento pues entiende que "éste es continuado en el transporte y no restringido al lugar final de la descarga".

Compartimos plenamente la interpretación contraria que hace Opertti de esta norma, sosteniendo que la expresión "debe ejecutarse" se refiere al acto final de cumplimiento, o sea exclusivamente la entrega de la carga. El texto estaría previendo la hipótesis de un contrato de transporte con entregas parciales en varios países. Sólo en ese caso deberíamos ir a la ley del lugar de celebración. En otras palabras, "lugar donde debe ejecutarse el contrato" debe interpretarse como aquél donde el contrato debe cumplirse, esto es, donde debe efectivizarse la obligación típica o caracterizante del contrato de transporte, que es la entrega de la mercadería por el transportista al consignatario, en el lugar pactado para la misma, en el mismo estado y condición en que la carga fue recibida por el transportista en origen. Por otra parte, de aceptarse la interpretación de Alfonsín, la distinción del Tratado no tendría sentido, ya que en los casos en que expedición y entrega se efectúan en el mismo Estado estamos frente a un contrato nacional y el mismo se regirá por el derecho interno de ese Estado donde se expiden y entregan las mercaderías. Esto es de principio, lo diga o no el Tratado.

1447. El Tratado no sólo contiene normas de conflicto, sino también sustantivas que regulan la responsabilidad de las partes. En caso de incumplimiento del contrato de transporte internacional por servicios acumulativos, el actor podrá, a su elección, accionar "contra el primer porteador con quien el cargador contrató, o contra el que recibió en último término los efectos para ser entregados al consignatario" (art. 16.1), lo cual implica establecer la solidaridad e indivisibilidad de la obligación del transportador contractual con la del último transportador efectivo. En general, cuando el actor es el destinatario de la mercadería, la opción suele ser demandar al último porteador, ante los jueces del lugar de destino, que es el lugar donde se encuentra el consignatario y debió entregársele la carga. La responsabilidad de los transportadores efectivos intermedios (como en Varsovia) no se establece directamente ante las

víctimas sino mediante la posterior acción de repetición entre los integrantes de la cadena (art. 16.3).

3. Dimensión institucional mercosureña

A) Acuerdo de transporte multimodal internacional entre los Estados parte del MERCOSUR (1994)

1448. Este Acuerdo sigue básicamente los criticados lineamientos de la Convención de Ginebra de 1980, la cual no ha obtenido todavía las ratificaciones necesarias para entrar en vigencia. En 1993 se creó una comisión encargada de redactar un proyecto en el marco del Grupo 5 (Transporte) del MERCOSUR. El principal problema que se discutió en la Comisión y sobre el que no hubo acuerdo, fue el de la futura limitación de responsabilidad de los operadores, así como el de la responsabilidad de los transportadores efectivos. En marzo de 1994 se celebró en Asunción la VIII reunión de la Comisión de Transporte (Grupo 5), y luego de arduas negociaciones, con posiciones encontradas, se acordó que cada país establecería los límites de responsabilidad por la vía de una declaratoria, que sería preparada por su autoridad administrativa.

El Acuerdo de transporte multimodal fue aprobado en Ouro Preto en diciembre de 1994, por el CMC junto con otros protocolos y acuerdos. En Uruguay, los Protocolos de Ouro Preto fueron remitidos al Parlamento, por lo que los sectores interesados esperaban que el mencionado Acuerdo sobre transporte multimodal fuera analizado en el ámbito del Poder Legislativo, donde finalmente pudiera generarse una necesaria polémica sobre el tema. No obstante, el Acuerdo en cuestión se desglosó del resto de los Protocolos, y terminó siendo aprobado por vía administrativa como Acuerdo de Alcance Parcial en el marco de la ALADI. Es de toda evidencia que lo que no podría hacer la Administración por sí sola (derogar una ley, modificar la legislación vigente, limitar los derechos individuales, invadir la esfera de la reserva de la ley), no puede hacerlo mediante el acuerdo con otros Gobiernos. Este es el caso del Acuerdo, ya que el mismo recae sobre temas que son de estricta reserva legal y además la vía elegida para ratificarlo viola la competencia constitucio-

nal exclusiva del Poder Legislativo en la materia (art. 85 inc. 7° de la Constitución uruguaya). El decreto que puso en vigencia ese "Acuerdo de Alcance Parcial" fue impugnado por la Cámara de Industrias del Uruguay, por la Cámara Nacional de Comercio y por la Cámara de Aseguradores Marítimos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), que en 1998 declaró "la nulidad del acto impugnado, con efectos generales y absolutos, en interés de la regla de derecho y/o de la buena administración".

1449. El Anexo II denominado "Solución de controversias", según indica el subtítulo del mismo se considera "válido hasta que entre en vigor el Protocolo sobre jurisdicción en materia de transporte", que se aprobó en julio de 2002. Atribuye jurisdicción internacional en las acciones relacionadas con el contrato de transporte multimodal, en forma concurrente, a los jueces del domicilio del operador de transporte multimodal o a los jueces del lugar de entrega de las mercaderías. Domicilio del operador de transporte multimodal está calificado como establecimiento principal y se agrega además el domicilio del agente o representante que intervino en la operación. Lugar de entrega incluye el lugar donde deberían haber sido entregadas las mercaderías. Interpretamos de este modo el art. 1 del Anexo que, con técnica poco cuidadosa, establece que serán competentes: "los Tribunales que correspondan al domicilio del establecimiento principal del demandado o del agente o representante que intervino en la operación de transporte multimodal o, del lugar de entrega o donde deberían haber sido entregadas las mercaderías".

Se permite pactar un acuerdo arbitral por escrito luego de ocurrido el hecho, pero entendemos que según el art. 2, tercer párrafo, la sede del arbitraje sólo podría encontrarse en alguno de los países a los que se atribuye jurisdicción, ya que esta norma establece "Las acciones legales se interpondrán ante el tribunal arbitral que resulte competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior el que estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo". Por lo tanto, la cláusula compromisoria incluida en el contrato de transporte multimodal carece de eficacia. Nada se dice sobre la posibilidad de pactar la jurisdicción. Podría pensarse que si se permite pactar un acuerdo arbitral, que constituye un ejercicio más extenso de la autonomía de la voluntad, po-

dría considerarse que es válido un acuerdo de elección de foro, en tanto se pacte con posterioridad al hecho. Sin embargo, entendemos que sólo está permitido pactar la jurisdicción internacional, a favor de alguno de los países investidos de jurisdicción por el Acuerdo, por escrito y luego de ocurrido el hecho, porque el arbitraje debe llevarse a cabo en alguno de los países que tienen jurisdicción internacional.

B) Acuerdo sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados parte del MERCOSUR (Buenos Aires, 2002)

1450. Este Acuerdo, de reciente aprobación, y que ha sido adoptado junto a otro "paralelo" destinado a regir las relaciones entre los países mercosureños y los asociados, se aplica "al transporte internacional de carga por vía terrestre –sea carretero o ferroviario– o fluvial, que se realice en el ámbito de los Estados parte y en el que se utilice en forma exclusiva o combinada alguno de esos medios de transporte" (art. 1).

El art. 2 establece como jueces competentes en materia de contratos de transporte, a elección del demandante, a los jueces del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato, del lugar de carga o descarga, del lugar de tránsito donde haya un representante cuando éste sea demandado, y de cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte, siempre que se trate de un Estado parte. Dichos foros tienen carácter imperativo, en el sentido que no puede presentarse una demanda en un foro diferente a los señalados (art. 4.a). Curiosamente, se declaran "nulas y sin ningún efecto" las cláusulas de jurisdicción incluidas en el contrato, aunque a continuación se autoriza al actor a demandar en el lugar indicado por ellas (arts. 4.b y 2.e). La misma caracterización reciben todas las cláusulas o acuerdos particulares de elección de la jurisdicción o del derecho aplicable "concertados antes de que ocurra el hecho litigioso" (art. 4.c). Una vez surgido el conflicto, las partes pueden pactar la sumisión a otra jurisdicción, así como a arbitraje (art. 5).

El acuerdo autoriza también a los jueces del Estado en el que se encontrare el vehículo a ordenar y ejecutar, a instancia fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia para garantizar el resul-

tado de un litigio pendiente o eventual, cualquiera fuere la jurisdicción internacionalmente competente (art. 6.a).

VI. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

1451. *Transporte terrestre.* El DIPr argentino no convencional, no tiene normas indirectas sobre transporte terrestre. Según Goldschmidt los arts. 163, 164, 167, 171 y 205 del CCom, si bien dictados para regir cuestiones locales, se aplican por la jurisprudencia a las derivadas del transporte internacional. La ley aplicable a un contrato de transporte terrestre debe ser una sola aunque el transporte sea sucesivo siempre que exista unidad jurídica del contrato de transporte acumulativo. Dicha ley aplicable se rige por los arts. 1205, 1209 y 1210 del CC (ver la interpretación de los mismos en 25.V.1). Goldschmidt dice expresamente que considera el contrato de transporte internacional terrestre como un contrato con lugar de celebración determinado y lugar de cumplimiento no determinado y por ello se le aplicaría la ley de lugar de celebración. Esta opinión es discutida por otros autores, para quienes el lugar de cumplimiento está claramente determinado.

En el ámbito del transporte internacional además, tiene suma influencia la sentencia de la CSJN en el caso *"Compte c/ Ybarra"*. A partir de ese precedente los tribunales argentinos se declaran competentes en todos los litigios derivados de contratos de transporte con lugar de cumplimiento en Argentina, aunque las cláusulas habituales de los conocimientos de embarque estipulen otro tribunal y país.

1452. *Transporte marítimo.* La Ley de la navegación (Ley N° 20.094) tiene un capítulo expreso sobre DIPr.

La nacionalidad del buque se rige por la ley del Estado que le otorga el uso de bandera. Y la ley de bandera rige todo lo relativo a la adquisición, transferencia y extinción de su propiedad, así como los privilegios marítimos y los otros derechos reales de garantía (arts. 597 y 598). El cambio de nacionalidad no perjudica los privilegios y otros derechos

reales preexistentes. Los derechos reales e hipotecas constituidos y registrados en el extranjero son válidos y oponibles siempre que exista reciprocidad. Los poderes, atribuciones y obligaciones del capitán se rigen por la ley de la bandera (art. 601). Y también los contratos de ajuste de la tripulación, capitán y oficiales se rigen por la ley de nacionalidad del buque donde presten servicios (art. 610).

El contrato de fletamento por viaje o de transporte de mercaderías a carga general o bajo conocimiento de embarque, se rigen por la ley del país del cumplimiento, que es el lugar donde ha de ejecutarse la obligación asumida de entregar la carga (art. 603). En el contrato de transporte de pasajeros la norma somete a la ley argentina todo contrato que haya sido celebrado en Argentina, o cuando su cumplimiento se inicie o termine en puerto argentino (sea el buque argentino o extranjero), o cuando sean competentes tribunales argentinos (art. 604). En cambio los contratos de locación de buque y fletamento por tiempo se rigen por la ley del pabellón (art. 602).

Los abordajes se rigen por la ley del lugar del hecho (si sucedieron en aguas jurisdiccionales de un país), o por la nacionalidad de los buques (si es común y sucedió en aguas internacionales). Los abordajes en aguas no jurisdiccionales entre buques de distinta bandera se rigen por la Convención de Bruselas de 1910 sobre abordajes, si ambos países son ratificantes y si no fuera así "cada uno está obligado en los términos de la ley de su bandera, no pudiendo obtener más de lo que conceda" (art. 605). La asistencia y el salvamento prestados en aguas jurisdiccionales se rigen por la ley del Estado respectivo y si se prestan en aguas internacionales se rigen por la ley de bandera del buque asistente o salvador. En lo que fuera pertinente también se aplica la Convención de Bruselas de 1919 sobre asistencia y salvamento (art. 606). Respecto a la avería gruesa: la ley de bandera del buque determina la naturaleza de la avería (si es gruesa o particular); la ley del Estado en cuyo puerto se practican rige la liquidación y prorrateo de la avería gruesa (art. 607). Las averías particulares del buque se rigen por la ley de su bandera. Las averías particulares de la carga se rigen por la ley aplicable al contrato de transporte o de fletamento (art. 608). El contrato de seguro marítimo se rige por la ley del lugar de domicilio del asegurador; si hubiera intervenido una agencia en la contratación, su local se considerará domicilio del asegurador a todos

los efectos (art. 609). El embargo de buques se rige por la ley del lugar de situación del buque (art. 611), sea cual sea su bandera, es decir que rige el principio de la jurisdicción más próxima.

Para la jurisdicción internacional, los principios de la sentencia "*Compte c/ Ybarra*" fueron recogidos por la Ley de navegación, donde expresamente se declara la nulidad de toda cláusula que intente excluir la competencia de los tribunales argentinos (art. 614.2). Al margen de ello, los tribunales argentinos son además competentes en todos los casos en los cuales el buque pueda ser embargado (*forum arresti*). También son competentes los tribunales argentinos en todos los contratos de utilización de buques o fletamento cuando las obligaciones respectivas deban cumplirse en territorio argentino, sin perjuicio de la opción del actor de recurrir a los tribunales del domicilio del demandado (art. 614.1). En materia de avería gruesa son competentes los tribunales argentinos toda vez que la aventura finalice o la liquidación se realice en puerto argentino. Es nula toda cláusula que atribuya competencia a tribunales de otro Estado (art. 615). También se declara la competencia de los tribunales argentinos en los litigios sobre contratos de ajuste en buques de bandera nacional (art. 616), en la asistencia y salvamento prestados en aguas argentinas y en los acaecidos en aguas internacionales: cuando uno de los buques es de bandera nacional, o cuando el demandado tenga "residencia habitual o su sede social en la República", o si el buque auxiliado hace su primera escala en puerto argentino. En el caso de abordaje se declara la jurisdicción de los tribunales argentinos: cuando uno de los buques sea de bandera argentina, cuando el demandado tenga "residencia habitual o su sede social en la República"; cuando uno de los buques sea embargado en puerto argentino con motivo del abordaje (u otorgue fianza con ese motivo) y cuando después del abordaje haga su primera escala en puerto argentino (en cuyo caso además podrá ser embargado) (art. 619).

1453. *Transporte aéreo.* El transporte aéreo interno se regula por el Código Aeronáutico (Ley N° 17.285 de 23/5/1967). El transporte aéreo internacional entre países no ratificantes de Varsovia debería regularse por las normas de derecho internacional privado de fuente interna respectivas. No obstante, el Título XI (arts. 197 a 199) del Código Aero-

náutico sobre "Ley aplicable, jurisdicción y competencia" no tiene normas especiales sobre contrato de transporte: se limita a declarar la competencia de la legislación nacional para regular la circulación aérea y el funcionamiento de aeropuertos (art. 197) y la aplicación de la ley argentina (más la competencia de los tribunales argentinos) a los "hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos" en aeronaves argentinas, sobre territorio argentino o en el espacio aéreo internacional no sometido a soberanía de otros Estados (art. 199). Por lo tanto, en materia de contratos de transporte aéreo debemos ir a las reglas generales de los arts. 1209 y 1210 CC. La elección del tribunal competente se regula por los arts. 1215 y 1216 CC.

1454. *Transporte multimodal.* Argentina aprobó una Ley de transporte multimodal, con el N° 24.291 del 9/12/1997. De conformidad con el art. 1 la misma se aplica al transporte multimodal interno y al transporte multimodal internacional de mercaderías "cuando el lugar de destino previsto contractualmente por la partes se encuentre situado en jurisdicción de la República Argentina". Esta solución reafirma lo expresado *ut supra* respecto a la correcta delimitación del lugar de cumplimiento en el transporte, como punto final de entrega de la mercadería de acuerdo a lo pactado. El lugar de cumplimiento fija además la jurisdicción competente (art. 41). Las conclusiones de la jurisprudencia argentina, anteriores a su nueva ley de transporte multimodal, pueden constatarse en la sentencia de la Sala III de la CnacCivComFed *"Rodyza S.A. c/ Danzas Argentinas"* (*RTYS*, N° 6, caso N° 100).

2. Brasil

1455. Brasil es el único país de la región que ha establecido normas relativas al transporte en la propia Constitución. La Enmienda constitucional N° 7 de 1995 estableció la siguientes redacción para el art. 178:

> "(...) la ley dispondrá sobre la ordenación de los transportes aéreo, acuático y terrestre, debiendo, en cuanto a la ordenación del transporte internacional, observar los acuerdos firmados por la Unión, atendi-

do el principio de reciprocidad. En la ordenación del transporte acuático, la ley establecerá las condiciones en que el transporte de mercaderías en el cabotaje y la navegación interior podrán ser hechos por embarcaciones extranjeras".

El marco de esta regulación es acentuadamente proteccionista y lo mismo sucede con la interpretación jurisprudencial de las normas sobre ley aplicable y tribunal competente.

1456. En general, los tribunales asumen competencia y aplican la ley brasileña en todos los casos de mercaderías transportadas hacia Brasil o contratos de transporte celebrados en Brasil o cualquier hipótesis en la cual el demandado estuviera domiciliado en Brasil. Conforme el art. 12 LICC: "es competente la autoridad judicial brasileña cuando el demandado estuviera domiciliado en Brasil o aquí debiera ser cumplida la obligación". Y ratificando estos principios, el art. 88 del CPC declara competente a la autoridad judicial brasileña en tres casos: a) cuando el demandado estuviera domiciliado en Brasil; b) cuando la obligación debiera ser cumplida en Brasil; c) cuando la acción se derive de un hecho ocurrido o practicado en Brasil. El mismo artículo aclara que con relación al punto de conexión domicilio "se reputa domiciliada en Brasil la persona jurídica extranjera que aquí tuviera agencia, filial o sucursal". Conforme la interpretación del STF esta disposición es de orden público. Por ello de acuerdo con los artículos 88.I y 100.IV.b del CPC y la sentencia N° 363 del STF, las cláusulas de elección de foro en los contratos de transportes son nulas e inoponibles.

1457. *Transporte terrestre.* El transporte terrestre está regulado dentro del CCom (Título I Capítulo VI arts. 99 a1 118). Este texto es casi idéntico al del capítulo equivalente de todos los CCom de la región, lo cual se explica por su origen común, y su extensión no se limita al transporte por tierra sino que incluye a los navieros (art. 99) y a los dueños, administradores y arrais de todo tipo de barcos "empleados en el transporte de los géneros comerciales". Muchas de las disposiciones de este capítulo son obsoletas por lo que algunas, como las referidas a cartas de porte o conocimiento de embarque, según Fabio Ulhoa Coelho deben

considerarse derogadas y sustituidas por los Decretos N^{os} 19.473/30 y 20.454/31.

1458. *Transporte marítimo*. El transporte marítimo está regulado aún hoy día por la Parte Segunda del CCom. El mismo ha sido complementado y derogado en parte por leyes especiales posteriores. Entre las mismas debe citarse la Ley N° 2180 de 5 de febrero de 1954 que creó el Tribunal Marítimo, con modificaciones recientes por la Ley N° 9432 de 8 de enero de 1997 y la Ley N° 9578 de 19 de diciembre de 1997 sobre embanderamiento y fletamento de buques nacionales. También son importantes la Ley N° 7203 de 3 de junio de 1984 sobre asistencia y salvamento de naves y la Ley N° 7542 de 26 de septiembre de 1986 sobre rescate de embarcaciones hundidas. La primera de ellas establece normas especiales sobre ley aplicable y jurisdicción competente en los casos de accidentes de mar y operaciones de asistencia y salvamento.

Según Coelho, la jurisprudencia insiste en que el transporte internacional marítimo sigue rigiéndose exclusivamente por el CCom (TRAS RT 600/201). Por ello las normas generales sobre ley aplicable y jurisdicción competente de los arts. 9 y 12 de la Ley N° 4657, son complementadas y modificadas por las normas especiales del CCom sobre ley aplicable al contrato de transporte. Especialmente el art. 628 del Código establece la regla de la ley del lugar de cumplimiento de las obligaciones como determinante de la ley aplicable en los contratos de fletamento y transporte marítimo; "el contrato de fletamento de un navío extranjero ejecutable en Brasil, ha de ser determinado y juzgado por las reglas establecidas en este Código, ya sea que haya sido celebrado dentro del Imperio o en un país extranjero".

Coelho ratifica esto citando jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones Civil de San Pablo:

> "(...) celebrado en Brasil el contrato de transporte internacional de mercaderías, a través de representante de la transportadora, no hay que hablar de incompetencia absoluta de la autoridad brasileña para el juzgamiento de la acción regresiva propuesta por la aseguradora, por incidir en la especie los arts. 88.I, parágrafo único, y 100.IV.b del CPC, *Súmula* 363 del STF. Además, el foro de elección del contrato no tiene

> prevalencia absoluta, de manera que si no bastase, se aplica al caso la *Súmula* 14 do 1° TACivSP: 'la cláusula de elección del foro incluida en el contrato de transporte o en el conocimiento de embarque es ineficaz en relación a la aseguradora subrogada' (1° TAQCiv SP, RT, 670/106; en mismo sentido: RT 656/180, 589/221)."

En cuanto a la jurisdicción competente, la Ley N° 2180 de 5 de febrero de 1954 estableció y organizó el Tribunal Marítimo. El mismo tiene competencia para juzgar "los accidentes y hechos de la navegación" (art. 13) y define a renglón seguido lo que considera accidentes de navegación (naufragio, encalle, colisión, abordaje, entrada de agua, explosión, incendio, varadura, arribada y alije) y lo que considera hechos de la navegación (el mal aparejamiento o innavegabilidad de las embarcaciones para el servicio en que son utilizadas, la alteración de ruta, la mala estimación de la carga sujeta a riesgo, el rehusarse a acudir a un pedido de socorro de un buque en peligro y todos los hechos que pongan en riesgo la seguridad de las embarcaciones, o de las vidas o mercaderías a bordo de las mismas).

El tribunal de la navegación debe investigar respecto a la responsabilidad del capitán, práctico, oficiales o miembros de la tripulación, realizar las diligencias sumariales en casos de accidentes o hechos de la navegación, prohibir o suspender por medida de seguridad el tránsito de las embarcaciones involucradas. También debe aplicar las sanciones que correspondieren. No obstante ello debe señalarse que se trata de un tribunal administrativo y que sus fallos no son obligatorios en sede jurisdiccional. Conforme el art. 18 (texto de la Ley N° 9578 de 19 de diciembre de 1997).

El art. 7 de la Ley N° 7203 estableció que cuando la asistencia y el salvamento ocurren en aguas de jurisdicción nacional y está involucrada una embarcación brasileña "la competencia para juzgar las cuestiones pertinentes o derivadas de ese salvamento es de responsabilidad del tribunal brasileño". Esta norma es de orden público, ya que el mismo artículo declara nulas las cláusulas tendentes a atribuir competencia a tribunales extranjeros y también las cláusulas compromisorias, dando competencia a un tribunal arbitral situado en el extranjero, lo cual hace ineficaces e inoponibles los habituales formularios LOF (*Loyd's Open*

Form), de uso común en episodios de asistencia y salvamento, que remiten las cuestiones al Tribunal Arbitral de Lloyd's en Londres (con un procedimiento de apelación ante los tribunales ordinarios ingleses incluido, aunque generalmente no explicitado en el formulario).

La avería gruesa se rige por las normas especiales en el CCom (arts. 761 y ss.). En relación con la jurisdicción, si fuera brasileña, no actuará la justicia ordinaria sino un sistema de arbitraje obligatorio. El art. 783 del Código prevé que los desacuerdos sobre la regulación, repartición o prorrateo de las averías gruesas sean hechos por árbitros nombrados por las partes a pedido del capitán. Si las partes no lo hicieren, el capitán o cualquier interesado puede pedir el nombramiento de árbitros al Tribunal de Comercio.

1459. *Transporte aéreo.* La mayor parte del transporte aéreo internacional que entra y sale de Brasil se regula por este sistema convencional internacional de normas materiales. El transporte interno está regido por el Código Aeronáutico (Decreto-Ley N° 32 de 18 de noviembre de 1966). Y dado que el art. 1° de la Convención de Varsovia autolimita el campo de aplicación de la misma al transporte aéreo internacional entre dos países ratificantes, el Código Aeronáutico regiría también los transportes internacionales cuyo punto de partida sea un aeropuerto situado en un país no ratificante.

Con relación a la jurisdicción competente, la misma corresponde a los tribunales brasileños cuando ése sea el lugar de cumplimiento de la obligación (lugar de entrega de la carga), según la regla general del art. 9 LICC. Esta regla es reiterada con más énfasis por el Código Aeronáutico, el cual establece en forma expresa el carácter de orden público de dicha norma y la prohibición de las cláusulas de elección de tribunal extranjero en los contratos de transporte aéreo (art. 7).

1460. *Transporte multimodal.* Brasil fue el primer país de la región en dictar una ley que regulara el transporte multimodal y lo hizo mediante la Ley N° 6288 de 11 de diciembre de 1975. Según Radovich, esta ley establece la solidaridad de todos los intervinientes en la cadena de transporte, no contempla la limitación de responsabilidad y es muy proteccionista con las empresas locales.

En 1998 dictó una nueva ley sobre Transporte multimodal de cargas (la Ley N° 9611) la cual sigue siendo proteccionista para con las empresas de transporte multimodal, pero no discrimina entre las empresas locales y extranjeras. La ley establece un sistema de límites de responsabilidad reducidos y modificables por decreto del Poder Ejecutivo (arts. 17 y 32) y pone plazos breves para la iniciación de acciones judiciales contra el operador (art. 22). Esta ley no tiene normas sobre jurisdicción competente y ley aplicable, por lo que debe suponerse que rigen las reglas generales sobre el punto.

3. Paraguay

1461. *Transporte terrestre.* Debe anotarse que el transporte terrestre internacional de Paraguay, por imperativos de la situación geográfica, se desarrolla en gran medida sujeto al ámbito del TMDComTI de 1940 que lo unen con Argentina y Uruguay.

1462. *Transporte marítimo.* No existen en Paraguay tribunales especializados en materia marítima, ni tampoco hay una tradición jurisprudencial que permita recurrir a los precedentes relevantes para determinar la correcta interpretación de la ley en los distintos temas de derecho marítimo que pueden plantearse a los intérpretes.

El art. 21 CC establece que "(...) los buques y aeronaves están sometidos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación. A los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encuentren". Ello implica una solución adecuada para los problemas relativos a la propiedad del buque y también para el contrato de ajuste de la tripulación y gente de mar. Debe considerarse esta solución extensible a los derechos reales constituidos sobre el buque y especialmente a la oponibilidad a terceros de la hipoteca naval constituida según la ley del pabellón registrada en el país de la bandera del buque.

El DIPr autónomo paraguayo tiene una norma específica para el fletamento, el art. 1091 CCom, que dice: "(...) el contrato de fletamento de

un buque extranjero que haya de tener ejecución en la República, debe ser juzgado por las reglas establecidas en este Código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República". Siendo el contrato de transporte una forma del arrendamiento de obra, el lugar donde haya de tener ejecución se interpreta como referido al lugar de cumplimiento final, o sea al puerto en que se deba entregar la carga. Aunque el contrato tenga una ejecución prolongada (navegando en diversas jurisdicciones), lo que importa es el lugar de cumplimiento de la prestación típica caracterizante del contrato: la entrega final de la carga en destino. Los términos imperativos del art. 1091 CCom, están sin duda influidos por la concepción general de la doctrina maritimista regional contraria a la validez de las cláusulas de elección de ley y jurisdicción en los conocimientos de embarque.

En la realidad del transporte fluvial y marítimo de Paraguay, existe un hecho notorio que refiere a su mediterraneidad y el necesario pasaje de la mercadería por aguas jurisdiccionales de Argentina o Uruguay. Esto implica que los buques oceánicos de gran calado no llegan a puertos de Paraguay y la mercadería debe trasbordarse a buques fluviales, directamente o previa estadía en puertos de los Estados vecinos. Ello hace que la mayor parte del transporte por agua con destino a Paraguay se encuentre regido por el TMDNComI de 1940, el cual, como vimos, también prohíbe la autonomía de la voluntad en la materia. Incluso existen otros factores a tener en cuenta para determinar la ley y jurisdicción competente (y la validez de las cláusulas contractuales sobre el tema). En la hipótesis teórica de un contrato de transporte marítimo con destino directo a Asunción, que no tuviera una escala argentina o uruguaya, debe tenerse en cuenta que Paraguay es ratificante de la Convención de Bruselas de 1924 (Convención internacional para la ratificación de ciertas reglas sobre conocimientos de embarque), la cual establece un régimen de responsabilidad del transportador que, según Beltrán Montiel, es subjetivo, limitado e imperativo.

El art. 21 CC, que regula "los derechos y obligaciones emergentes" de las operaciones de los buques, puede ser la norma adecuada para regular los problemas de responsabilidad extracontractual (abordaje) o cuasicontractual (asistencia y salvamento) en aguas territoriales paraguayas o de terceros Estados, aplicándose en cada caso "la ley del Estado en cuya jurisdicción se encuentre(n)" el buque. Pero no define los

problemas que pueden plantearse cuando el buque o los buques se encuentren en aguas internacionales. Respecto al abordaje en aguas internacionales, podría recurrirse a la regla general del art. 17 CC, que remite los derechos de crédito a la ley del lugar de cumplimiento y establece que si no puede determinarse un lugar de cumplimiento, se regirán por el domicilio del deudor en el momento de su constitución. Por imperativos geográficos, es muy posible que en muchos casos de abordaje sea aplicable el TMDNComI de 1940. E incluso pensamos que para situaciones de abordaje en aguas internacionales con buques de bandera de terceros países, podrían invocarse los Tratados de Montevideo como doctrina más recibida y norma análoga en la materia. En cuanto a las obligaciones derivadas de la asistencia y el salvamento en aguas territoriales paraguayas se rigen obviamente por la ley paraguaya, conforme los principios generales enunciados antes. Respecto a la asistencia y el salvamento en aguas internacionales, una respuesta posible (aunque muy discutible) sería recurrir al mismo art. 17 CC, lo cual nos remitiría a la ley del domicilio del deudor (como lugar de cumplimiento). Entendemos que también puede recurrirse como ley análoga a los criterios establecidos en el TM de 1940 citado (arts. 12 a 14).

La avería gruesa tiene normas especiales en el CCom. Conforme el art. 1335 CCom "el arreglo y prorrateo de la avería común, deberá hacerse en el puerto de entrega de la carga, o donde acaba el viaje, no mediando estipulación contraria". El lugar donde se realice "el arreglo o prorrateo" va a fijar la ley aplicable y condiciona también la jurisdicción competente para los procedimientos judiciales a que dicha liquidación dé lugar. La expresión "no mediando estipulación contraria", parece significar que dicha remisión al lugar de fin del viaje y entrega de la carga, no es de orden público y que se admite la autonomía de la voluntad en dicha materia.

1463. *Transporte aéreo.* La actividad aeronáutica en Paraguay está regida por el Código Aeronáutico (CA, Ley N° 469/1957) complementado por la Ley N° 73/1990 que crea la Dirección Nacional de Aeronáutica. Estos constituyen hoy los principales instrumentos normativos que, junto con los convenios bilaterales y multilaterales de los cuales el Paraguay es parte, integran el ordenamiento jurídico del sector. El CA define como transporte aéreo interno, el que se realiza entre dos o más lugares del te-

rritorio paraguayo. Sólo puede ser realizado por medio de aeronaves paraguayas –o con pabellón paraguayo-; excepcionalmente y en vista de interés público el Poder Ejecutivo puede autorizar a aeronaves matriculadas en otro Estado la prestación de ese servicio interno. Transporte aéreo internacional se considera el realizado entre el territorio de la República y el de un Estado extranjero, o entre dos lugares del territorio nacional con escala prevista en el territorio de otro Estado.

El citado art. 21 CC dispone que las aeronaves están sometidos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación. Las operaciones en espacio aéreo no nacional se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encontrare (art. 21 CC), en tanto que las operaciones en espacio aéreo nacional se rigen por la ley nacional (inferido del mismo art. 21), disposiciones concordantes con el TMDNComI de 1940, arts. 1 a 4, y 43, y el CA, arts. 118, y 128 a 131.

De acuerdo al artículo 16 del CA, "la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves confiere a la aeronave la nacionalidad paraguaya", pero "las aeronaves civiles inscriptas en la República del Paraguay pierden su nacionalidad si, por cualquier circunstancia, cesan de cumplirse las condiciones indicadas en el art. 14 de este Código, o si han sido matriculadas en Estado extranjero" (art. 17 CA). Toda aeronave deberá ostentar las marcas distintivas de su nacionalidad y matrícula en la forma prescrita en los convenios internacionales y reglamentos que se dictaren (art. 18 CA). Las aeronaves que vuelan sobre territorio paraguayo estarán obligatoriamente provistas de certificados de matrícula y de navegabilidad y de los libros y documentos que prescriba la respectiva reglamentación (art. 19 CA). El régimen jurídico de las aeronaves será el de los bienes muebles, con las excepciones establecidas en este Código (art. 21 CA).

Para ser fletador de una aeronave paraguaya el interesado debe tener su domicilio real en la República, se trate de una persona física o jurídica (art. 26 CA). En cuanto a los derechos y obligaciones derivados del contrato de fletamento no podrán transferirse total o parcialmente si tal facultad no fuere expresamente convenida (art. 27 CA). El contrato de fletamento deberá formalizarse por escrito e inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves. En caso de que el contrato no fuere inscripto, no tendrá efecto respecto de terceros y fletante y fletador serán responsables solidariamente de cualquier contravención o daños causados por

la aeronave (art. 28 CA). Las normas generales del CCom relativas a los fletamentos navales son aplicables en cuanto no se opongan al presente Código (art. 29 del CA).

1464. Paraguay no tiene una ley de transporte multimodal en su derecho positivo autónomo. No obstante, la mayor parte del transporte multimodal con destino a Paraguay está constituido por mercaderías que llegan por vía marítima a puertos argentinos o uruguayos y son reembarcadas por vía terrestre a Paraguay. Ello hace que estas formas de transporte se regulen por las normas de los textos convencionales antes referidos.

4. Uruguay

1465. *Transporte terrestre.* El DIPr autónomo uruguayo no contiene disposiciones específicas en materia de transporte en general. En el transporte el lugar de cumplimiento es el lugar de entrega de la carga y ello define la ley aplicable. Y en lo que refiere a la jurisdicción competente, la regla del art. 2401 nos va a remitir a los tribunales del país cuya ley resulte aplicable (o sea los del lugar de cumplimiento, que en este caso es el lugar de entrega de la carga) o a opción del actor, a los tribunales del domicilio del demandado. Y conforme el art 2403, estas disposiciones son de orden público, estando prohibida la autonomía de la voluntad en la materia, salvo en la medida que la ley competente lo autorice.

Puede citarse como uno de los pocos ejemplos de jurisprudencia una sentencia extensamente fundada en un caso referido al incumplimiento de un contrato de transporte internacional de mercaderías celebrado en Chile y con lugar de cumplimiento en Uruguay, en el cual resultaba aplicable el Apéndice del CC uruguayo. Conforme el art. 2399, la ley aplicable es la del lugar de cumplimiento del contrato, y según el art. 2401, son competentes los jueces del Estado cuyo derecho es aplicable, es decir, los jueces uruguayos (*"Aliança da Bahia c/ Transportes Leiva"*, Sentencia N° 2308 del 17/11/1997, JLC de 11° Turno (Casanova), con Sentencia N° 77 del 19/6/1998 confirmatoria, del TAC 3er. Turno (Klett y Ruibal Pino), en *RTYS*, N° 12, caso N° 235).

1466. *Transporte marítimo*. El Libro III del CCom regula el derecho comercial marítimo y contiene normas específicas sobre el tema fletamento y transporte. El artículo 1270 CCom dice: "(...) el contrato de fletamento de un buque extranjero que haya de tener ejecución en la República, debe ser juzgado por las reglas establecidas en este Código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República". Este texto legal se refiere al transporte y al fletamento por igual: el Código utiliza fletamento como sinónimo de transporte, refiriéndose indistintamente al fletamento bajo *voyage charter* o *time charter*, o al transporte bajo conocimiento de embarque. Advirtamos que el Código desconoce la figura del armador no propietario e ignora igualmente el fletamento a casco desnudo (*bare-boat charter*). El Título VII tiene una regulación algo confusa del contrato de fletamento y del régimen que nosotros conocemos como transporte bajo conocimiento de embarque. Queda claro, sin embargo, que la norma sobre ley aplicable al contrato de transporte marítimo (llamado genéricamente "fletamento") que existe en el CCom (art. 1270) coincide con las normas generales del Apéndice del CC y establece preceptivamente la aplicación de la ley nacional, como ley de lugar de cumplimiento, en todo contrato "que haya de tener ejecución en la República", cualquiera sea el lugar de celebración o el puerto de carga de las mercaderías.

Con respecto a la ley aplicable (art. 2399), nuestra jurisprudencia ha entendido que ésta es la ley del lugar de cumplimiento de la obligación típica o caracterizante del contrato de transporte, que es la del lugar de entrega de las mercaderías, ya que es allí donde se consuma la obligación de resultado comprometida en el contrato. Con respecto a la jurisdicción competente, la norma aplicable es el art. 2401, que otorga competencia a los jueces del Estado a cuya ley corresponde regular la relación de que se trate. Es decir, en el caso del transporte, son competentes los jueces del Estado donde el contrato debe cumplirse. Tratándose de acciones personales patrimoniales, el actor tiene la opción de ejercer la acción ante los jueces del Estado del domicilio del demandado.

Si buscamos un precedente sentado en un caso que incluyera un tramo de transporte marítimo, podemos referirnos a la sentencia dictada en el caso del buque Presidente Sarmiento. Se trataba de un transporte sucesivo con punto de partida en Miami, EEUU, y destino en Zona Franca de Colonia, Uruguay, en que intervino la demandada en el tramo ma-

rítimo Miami-Buenos Aires. Los tribunales uruguayos entendieron, en primera y segunda instancia, que por no existir tratado sobre la materia entre Estados Unidos y Uruguay, resultaban aplicables las normas de DIPr autónomo uruguayo (art. 2399 CC con respecto a la ley aplicable y art. 34 de la Ley N° 15.750, igual al 2401 CC, con respecto a la jurisdicción) los cuales nos llevaban a la aplicación de la ley nacional y la jurisdicción de los tribunales nacionales. Es el caso *"Banco de Seguros del Estado c/ ELMA"* (1995).

Para las demandas a realizar en el domicilio del demandado, debe tenerse en cuenta que, conforme arts. 41 y 43 CCom, los armadores se consideran domiciliados en el lugar donde realizan negocios por intermedio de su agente. El art. 41 dice que "cuando un comerciante tiene establecimientos de comercio en diversos lugares, cada uno de éstos es considerado como un domicilio especial, respecto a los negocios que allí hiciere por sí o por otro". En el mismo sentido, el art. 27 de la LOJ expresa: "(...) si la persona jurídica o la sociedad comercial o civil, tuviere establecimientos, agencias u oficinas en diversos lugares, podría ser demandada ante el tribunal del lugar donde exista establecimiento, agencia u oficina que celebró el contrato, o que intervino en el hecho que dio origen al juicio". También la Ley de Sociedades comerciales (N° 16.060) en su art. 198 expresa: "(...) el emplazamiento de una sociedad constituida en el extranjero podrá cumplirse en la República, en la persona que haya actuado en su representación en el acto o contrato que motive el litigio". Es decir que los tribunales uruguayos pueden asumir jurisdicción en dos hipótesis diferentes: a) cuando el lugar de entrega es en Uruguay; b) cuando el lugar de origen y puerto de carga es en Uruguay (en ese caso un agente marítimo que firma los conocimientos de embarque o las pólizas de fletamento, hace negocios por el armador y por lo tanto éste puede considerarse como constituyendo domicilio especial en ese lugar respecto a dichos contratos).

El primer precedente jurisprudencial publicado parece haber sido el caso del buque *Cala Atlántica*, referido a un transporte de Montevideo a Génova. La armadora italiana opuso una excepción de falta de jurisdicción sosteniendo que no tenía domicilio en Uruguay. La sentencia rechaza esto alegando que el local del agente que realizó el contrato sería un domicilio suficiente para constituir base de jurisdicción conforme los

arts. 43 CCom y 9 de la Ley N° 13.355 (*"La Mannheim c/ Italia di Navigazione SPA"* (buque *Cala Atlántica*) Sentencia N° 2776 del 8/4/1988, del JLC de 2° Turno (Troise) (consentida), *RTYS*, N° 2, caso N° 16). Otros fallos se sucedieron casi de inmediato, como el *"Royal Insurance c/ Nedlloyd Lijnen BV"* (buque *Nedlloyd Napier*) Sentencia N° 16.370 de 30/12/1988 del JLC de 4° Turno (Berlangieri), confirmado por el Tribunal de 3° Turno (Echeverría, Rodríguez de Vecchi, Alonso Liard) Sentencia N° 76 del 25/6/1990, *RTYS*, N° 3, caso N° 29). La evolución posterior de nuestra legislación ha respaldado esta interpretación jurisprudencial del sentido y alcance de los arts. 41 y 43 CCom.

En el caso del buque *Yi He*, en un contrato de transporte marítimo celebrado en Uruguay y con lugar de cumplimiento en China, los tribunales uruguayos entendieron que era de aplicación del DIPr autónomo uruguayo, por no existir tratado vinculante, y en virtud del mismo resultaba aplicable el derecho chino de fondo. De cualquier forma el tribunal uruguayo asumió competencia (aunque luego aplicara derecho extranjero) ya que conforme al art. 2401 era de opción del actor entablar la acción ante los jueces del lugar de cumplimiento o ante los del domicilio del demandado (*"La Mannheim c/ China Ocean Shipping"* (buque *Yi He*) Sentencia N° 32 del 9/8/1996, JLC 16° (Molinari), confirmada por Sentencia N° 86 del 19/11/1997 del TAC 3° (Chalar, Klett, Ruibal Pino), *RTYS*, N° 11, caso N° 190).

El CCom regula expresamente el tema de la jurisdicción competente y ley aplicable a la avería gruesa dando pautas mínimas y bastante adecuadas para decidir el lugar donde debe liquidarse la avería. La regla general está dada por el inciso 1° del art. 1505 que dice: "(...) el arreglo y prorrateo de la avería común, deberá hacerse en el puerto de entrega de la carga, o donde acaba el viaje, no mediando estipulación contraria" (la disposición, por tanto, no es de orden público, lo cual puede plantear problemas si diversos contratos de fletamento o conocimientos de embarque se remiten a jurisdicciones diferentes). Esta regla tiene una excepción cuando el viaje se revoca y la aventura termina a mitad del viaje. Y esto admite dos alternativas a su vez: a) "Si el viaje se revoca en la República, si después de la salida se viere obligado a volver al puerto de carga, o si encallare o naufragare dentro de la República, la liquidación de averías se verificará en el puerto donde el buque salió o debió salir";

b) "Si el viaje se revocare estando el buque fuera de la República, o se vendiere la carga en un puerto de arribada forzosa, la avería se liquidará y prorrateará en el lugar de la revocación del viaje o de la venta del cargamento". O sea que si todo sucede en aguas jurisdiccionales o mediante el retorno al puerto de origen dentro de la República, la liquidación se realiza en el puerto de origen. En cambio, si el viaje se revoca a mitad de camino, en caso de arribada forzosa, la liquidación se realiza en el puerto en el cual suceda esto. Y ello refiere tanto a la liquidación extrajudicial como al tribunal competente para la liquidación judicial.

Respecto a la manida cuestión del orden público y la interdicción de la autonomía (art. 2403 CC), cabe citar el caso del buque *Zim Itajai*, un transporte marítimo de mercaderías desde Estados Unidos a Uruguay, en que el demandado opuso excepción de incompetencia fundándose en una cláusula del conocimiento de embarque que establecía la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos. El tribunal resolvió que dado que el contrato de transporte tenía como lugar de cumplimiento Uruguay, puesto que ése era el lugar de destino de la mercadería, teniendo por tanto una relación especial con este país, "la Sede tiene jurisdicción para conocer en el litigio planteado (...)" (art. 2399 CC y art. 34.b del TMDCI 1889, remitido por aquél) ("*Aliança Da Bahia c/ Imex Shipping Inc.*" (buque *Zim Itajai*) Sentencia N° 3272 del 24/10/1997 del Jdo. de Paz Departamental de la Capital de 16° Turno (Michelin), RTYS, N° 12, caso N° 217).

Otro precedente similar, pero con algunas características más interesantes, es el de las sentencias recaídas en el caso del buque *Zim Santos*. Se trataba de un transporte marítimo de Estados Unidos a Uruguay que dio lugar a una reclamación por incumplimiento contractual. Actor y demandado habían reconocido y aceptado la competencia de los tribunales uruguayos, pero el tercero citado en garantía cuestionó la misma, alegando la cláusula del conocimiento que establecía la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos. La sentencia de primera instancia rechazó la misma, alegando la solución preceptiva del art. 2401 CC y además las normas sobre competencia en juicios a los que un tercero es citado en garantía (art. 30 de la Ley N° 15.750 y Leyes N° 16.226 y 15.881). El tercero apeló la sentencia reiterando sus argumentos pero planteando además que el lugar de cumplimiento sería aquél en el cual

se encontraban las mercaderías en el momento de contratar (Estados Unidos), por remisión del art. 2399 del CC, el literal a) del art. 34 del TM de 1889 y el art. 2401 del mismo Código. En base a esta interpretación, concluía que eran competentes los jueces del lugar donde las cosas estaban en el momento de la celebración del contrato. Esta interpretación de la normativa aplicable fue categóricamente rechazada por la Sede de segunda instancia, que sostuvo: "El Tribunal considera indubitable que en la especie son de aplicación los arts. 2399, 2401 y 2403 del Código Civil", concluyendo que el lugar de cumplimiento del contrato de transporte es en Montevideo y por tanto es aplicable la ley uruguaya y son competentes los tribunales de nuestro país" ("*Sun Insurance Office Ltd. c/ Interfreight Services Corp.*" (buque *Zim Santos*), Sentencia N° 23 del 10/10/1997 del Jdo. de Paz Departamental de la Capital de 28° Turno (Forno), y Sentencia N° 1284 del 30/6/1998 del JLC 8° (Gradin), *RTYS*, N° 12, caso N° 218).

Como ya dijimos muchas veces, el art. 2403 CC dispone que la voluntad de las partes "sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente". Ejemplo de la aplicación de esta excepción, puede verse en el caso del buque *Zim Brasil*, en el que se trataba de un contrato de transporte marítimo celebrado en Uruguay y con lugar de cumplimiento en Turquía, países no vinculados por ningún tratado sobre la materia. Los tribunales uruguayos entendieron que debían aplicarse las normas de conflicto del Apéndice del CC y en particular el art. 2399, el cual nos remitía a la ley del lugar de cumplimiento del contrato, es decir, Turquía. Ahora bien, dado que Turquía es ratificante de la Convención de Bruselas de 1924 sobre conocimientos de embarque, el tribunal uruguayo entendió que éste era el derecho material vigente en Turquía en la materia. Pero además, el conocimiento de embarque se remitía a dicha convención, por lo que si esta remisión era válida conforme al derecho turco, resultaba admisible por el derecho uruguayo en virtud del art. 2403 *in fine* ("*Guardian Royal Exchange Assurance c/ Zim Israel Navigation Co.*" (buque *Zim Brasil*), Sentencia N° 1256 del 6/6/1996, JLC 10° (Morales), confirmada por Sentencia N° 81 del 11/6/1997 del TAC 6° (Bossio, Olagüe, Hounie), *RTYS* N° 11, caso N° 191). Una cuestión similar se planteó en el caso del buque *Yi He*, antes referido.

1467. *Transporte aéreo.* La evolución del derecho nacional ha sido marcada en los últimos años por tres episodios legislativos de singular importancia: la aprobación del Código Aeronáutico (Ley N° 14.305 de 29/11/1974), la ratificación de la Convención de Varsovia Ley N° 14.829 de 10/10/1978 y la aprobación de la Reforma del CA, por Ley N° 16.403 de 10/8/1993. A partir de la ratificación de la CV, rigieron en Uruguay dos regímenes diferentes y superpuestos en materia de transporte aéreo, con distintos plazos de prescripción, de protestas y de límites. Ello habría sido grave pero solucionable si uno (el CA) se hubiera referido al transporte aéreo interno, y el otro (la CV) se hubiera referido al transporte aéreo internacional, aunque no se percibe ningún motivo lógico para tal tratamiento discriminatorio. Pero se tornó en algo mucho más problemático para los usuarios del transporte internacional de carga, cuando se advirtió que la CV no se aplicaba automáticamente a todos los transportes aéreos internacionales (art. 1 CV). La primera consecuencia de esta característica del sistema de la Convención fue que los plazos para protestar fueran totalmente distintos según fuera que el avión viniera de Panamá (país no ratificante) o de Estados Unidos (país ratificante). El absurdo de que el plazo de prescripción sea de un año o de dos años según el aeropuerto de salida, o que los límites de responsabilidad del transportador varíen enormemente en función de este dato aleatorio, es tan evidente que no merece mayores comentarios. Estas dificultades llevaron a que finalmente se aprobara una ley de reforma del CA, Ley N° 16.403, de 10/8/1993, la cual tiende a subsanar los inconvenientes mencionados, unificando el régimen de transporte aéreo en un sistema uniforme para todos los casos. Eso, obviamente, sólo pudo lograrse modificando los artículos correspondientes del CA y dándoles un texto idéntico al de la CV.

1468. *Transporte multimodal.* Uruguay no tiene una regulación autónoma del tema. Por ello se aplican las reglas generales del Apéndice del CC sobre ley y jurisdicción competente. Otros problemas planteados por la generalización del uso del contenedor y de los conocimientos directos expedidos por operadores multimodales, debieron ser afrontados por la jurisprudencia recurriendo a los principios generales de derecho y el fundamento de las leyes análogas. Estos problemas fueron básicamente tres:

a) los derivados de la actuación internacional del "*freight forwarder*", en especial su vinculación con los agentes locales y la posibilidad de llamar a juicio y responsabilizar a éstos por los contratos firmados por la casa matriz, en cuya ejecución hayan tenido intervención; b) la naturaleza de la actividad del "*freight forwarder*" con especial relación a la responsabilidad que asume al contratar, ya sea expidiendo un "documento de transporte multimodal" propio, o utilizando simplemente un conocimiento de embarque (marítimo, aéreo o terrestre), que luego otros se encargarán de ejecutar; c) la cuestión de la responsabilidad de los transportistas efectivos que ejecutaron el contrato consentido por el operador.

El caso más importante referido a este tema es el del buque *San Martín*, que encara con singular acierto este tipo de problemas (sentencia N° 30 del 1/8/1991 en autos *"Royal Insurance c/ Flash Cargo e Ivarán Lines"* del JP 31°, con segunda instancia por sentencia N°1 del 3/2/1992, JLC 9°, *RTYS*, N° 5, caso N° 70). El caso refería a un conocimiento de embarque expedido por un operador de nombre *Flash Cargo Miami*, que había subcontratado el transporte en un buque de *Ivaran Lines*. La demanda fue emplazada en el domicilio de *Flash Cargo S.R.L.* de Uruguay, que había intervenido en el cumplimiento del contrato y estaba designado en la carta de porte para entregar la carga. Esta sentencia rechazó la oposición y sostuvo que la demandada extranjera debía considerarse domiciliada en el local de su representante nacional que había intervenido en el contrato. La identidad de nombre, logo y actuación comercial fue determinante de la resolución judicial. La misma fue ratificada en segunda instancia. Poco después se dictó una sentencia en idéntico sentido en un caso similar entre los mismos litigantes (*RTYS*, N°6, caso N° 98, sentencia N°112 del 30/6/1992, autos *"La Mannheim c/ Flash Cargo, y otra"*, del JLC 5°). En el mismo sentido: *"Banco de Seguros c/ Unitrans"*, sentencia N° 29 del 23/12/1991, JP 30°, con segunda instancia por sentencia N° 81 de 5/10/1992, JLC 22°, *RTYS*, N° 6, caso N° 99).

En cuanto al tema de la responsabilidad del transportador efectivo en el transporte sucesivo multimodal, la misma se ha establecido jurisprudencialmente partiendo por vía analógica de las normas sobre transporte sucesivo unimodal al multimodal. Recordemos que la responsabilidad solidaria de los transportistas es la regla tanto en el transporte sucesivo

aéreo (art. 30 CV, Decreto-Ley N° 14.829), como para el transporte sucesivo terrestre, en función de lo dispuesto por los arts. 14, 15 y 16 del TMDComTI de 1940, y también para el transporte multimodal sucesivo por el mismo Tratado, que en su art. 15 extiende la solución al "transporte mixto por tierra, agua o aire". Por lo tanto es lícito acudir por esta vía a la "analogía interna" del derecho de los transportes, a efectos de resolver los problemas planteados por las nuevas formas de relacionamiento comercial a estudio.

Bibliografía complementaria

En general:

AGUIRRE RAMÍREZ, F. / FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *Curso de derecho del transporte*, Montevideo, FCU, 2000; AYALA CADIÑANOS, I., "Contratos de transporte internacional de mercancías", en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996; FERNÁNDEZ, R. / GÓMEZ LEO, O., *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, t. III-B, Buenos Aires, Depalma, 1991; OPERTTI BADÁN, D., *Transporte internacional terrestre de mercaderías*, *RUDI*, 1972; TAMAYO JARAMILLO, J., *El contrato de transporte (terrestre, aéreo, de pasajeros y de mercaderías, interno e internacional)*, Bogotá, Santa Fe, 1991; ZUNINO, J.O., *Responsabilidad por daños a personas o cosas en el contrato de transporte*, Buenos Aires, Meru, 1979.

Sobre transporte terrestre:

AGUIRRE RAMÍREZ, F. / FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "El transporte terrestre y el transporte multimodal: de los Tratados de Montevideo de 1889 a la CIDIP IV de 1989", *RTYS*, N° 4, 1991; OPERTTI BADÁN, D., "Transporte internacional terrestre de mercaderías", *RUDI*, t. I, 1972.

Sobre transporte marítimo:

AGUIRRE RAMÍREZ, F. / FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *Derecho internacional marítimo del MERCOSUR*, Montevideo, FCU, t. I, 1997 y t. II, 1998; AGUIRRE RAMÍREZ, F., "Inconstitucionalidad de las leyes que establecen límites de responsabilidad", *Anuario de derecho comercial*, N° 7, 1996; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "La cláusula oro en los conocimientos de embarque y la Convención de Bruselas de 1924", *RTYS*, N° 2, 1989; HERBERT, R., "La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque, *RTYS*, N° 2, 1989; HERBERT, R. / FRESNEDO DE AGUIRRE,

C., "El arresto de buques y el principio de la jurisdicción más próxima", *RTYS*, N° 6, 1993; MEZZERA, R., *Curso de derecho marítimo*, Montevideo, ACALI, 1977; ROMERO BASALDÚA, L., "Fletamento a tiempo y póliza '*box time*'", *Temas de derecho marítimo. Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho Marítimo*, Montevideo, FCU, 1996; SCIARRA, A., "Asistencia y salvamento. Régimen jurídico", *Rev. Der. Com. Emp.*, N° 59/60; VIEIRA, M., "El contrato de transporte marítimo internacional", *Cuadernos de DIPr*, N° 4; VVAA, "Privilegios e hipotecas marítimas. Ley N° 13.855. Convención internacional para la unificación de determinadas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas (Bruselas, 1926)", *Texto y Contexto*, N° 16, 1987.

Sobre transporte aéreo:

AGUIRRE RAMÍREZ, F. / FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "La Convención de Varsovia", *Texto y Contexto*, N°30, 1997; MACHADO, J.J., "Moneda de cuenta y moneda de pago en el derecho aeronáutico, *LL*, N° 157, 20/8/1996; VIDAL AMODEO, J., "Los francos Poincaré y la Convención de Varsovia. El problema en la jurisprudencia nacional", *RTYS*, N° 5, 1992.

Sobre transporte multimodal:

AGUIRRE RAMÍREZ, F., "Operadores multimodales y transporte sucesivo", *Revista Judicatura*, N° 34, 1992; AGUIRRE RAMÍREZ, F. / FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *El transporte multimodal en el derecho internacional privado y comunitario. MERCOSUR, Transporte multimodal*, Buenos Aires, IAIES, 1997; BENDOMIR, J., "Ley de transporte multimodal de mercaderías. Breve reseña y análisis", *RTYS*, N° 11; BENGOLEA ZAPATA, "Solidaridad en el transporte multimodal", *Primer Encuentro del Cono Sur sobre Transporte Multimodal,* Córdoba, Marcos Lerner, 1990; FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "Contrato de transporte internacional por servicios acumulativos en el TDCTIM de 1940", *RTYS*, N° 4, 1991; LÓPEZ SAAVEDRA D., "La responsabilidad del transportista multimodal en la Argentina: la nueva Ley N° 24.291", *RTYS*, N° 11; MARTORELL, J.E., "Modalidades actuales de transporte. Problemas jurídicos, *RDCO*, N° 6, 1976; MOHORADE, A., "Transporte contemporáneo (la irrupción de los operadores), *LL*, N° 73, 16/4/1991; RADOVICH J., "Análisis crítico del Acuerdo sobre transporte multimodal del MERCOSUR", *RTYS*, N° 10.

Capítulo 31

Sociedades comerciales

Cecilia Fresnedo de Aguirre*

I. Ley personal de las sociedades comerciales

1. Criterios de determinación

A) Aspectos generales

1469. ¿Cuál es el factor que determina la ley personal de las sociedades comerciales? Se han dado distintas soluciones, que se esbozan brevemente a continuación. Las regulaciones más modernas de la región adoptan la conexión lugar de constitución (art. 2 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979, CIDIP II), lo mismo que varias de las codificaciones nacionales de DIPr (ver *infra* VI). El lugar de constitución ha sido definido en la referida fuente normativa, recogiendo la doctrinaria más recibida, como el "Estado donde se cumplen los requisitos de forma y de fondo requeridos para la creación de dichas sociedades". El problema surge cuando una sociedad se constituye en más de un Estado (constitución múltiple). Boggiano considera que se trata de la misma sociedad, porque de lo contrario daríamos un doble régimen jurídico a una "única realidad asociativa", y concluye que debe aplicársele el derecho del Estado de constitución de la sociedad donde los órganos de decisión efectiva se sitúan. Opertti en cambio ha sostenido, en forma acorde con la definición de la Convención interamericana, que "por lugar de constitución debe entenderse el natural, el primero, el único".

Este criterio, a primera vista, parecería permitir que los fundadores de la sociedad eligieran la *lex societatis*, constituyendo la sociedad en el país

---

* Excepto Ep. 31.VI.1 por Beatriz Pallarés.

cuyo orden jurídico fuese menos exigente en cuanto a los requisitos de constitución, aportes de capital, responsabilidad de los administradores, etc., para luego actuar en otro, con normas más estrictas. Se estaría introduciendo así, por vía indirecta, la autonomía de la voluntad con relación a la ley reguladora de la categoría. No obstante, esta no es la interpretación que le ha dado la doctrina, que señala que ésa no fue por cierto la voluntad de los autores de la Convención interamericana de 1979, y de las leyes argentina (N° 19.550) y uruguaya (N° 16.060), que por el contrario no quisieron dejar librada a la voluntad de los fundadores de la sociedad la determinación de la *lex societatis*. Para evitar dicha posible distorsión de la *ratio* de las referidas normas, se establecieron en las mismas algunos correctivos, como la excepción de orden público internacional y una fórmula (art. 124 de la ley argentina, art. 198 de la ley uruguaya y art. 5 Convención interamericana de 1979) destinada a evitar el fraude a la ley (entre otros, López, citando a Gower y Santos Belandro).

1470. La nacionalidad como factor de conexión indicador de la ley personal de las sociedades comerciales es rechazada por la doctrina (Goldschmidt) y las normas de DIPr de Argentina, Paraguay y Uruguay. Distinta es la situación en Brasil, donde tradicionalmente la doctrina ha sido favorable a este criterio: "parece imposible enfrentar un problema de conflicto de leyes o de jurisdicción sin tener en cuenta la nacionalidad de la sociedad", sostiene Leite (citado por López). El derecho brasileño (art. 71 del Decreto-Ley N° 2627 de 1940) admite, por otra parte, que una sociedad anónima extranjera autorizada a funcionar en el país, puede nacionalizarse transfiriendo su sede a Brasil (López). El art. 18 del Código Bustamante refiere expresamente a la nacionalidad de las sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas: "tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal". La nacionalidad de las sociedades anónimas se determinará "por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúnan normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o consejo directivo o administrativo" (art. 19).

La posición contraria a la nacionalidad de las sociedades se desarrolla en Argentina con la "Doctrina Irigoyen", que surge a partir de una recla-

mación del gobierno inglés derivada de un incidente ocurrido con la sucursal del Banco de Londres y del Río de la Plata, que se había constituido en Argentina como sociedad anónima con establecimiento y domicilio principal en Buenos Aires; la matriz era una *joint stock company* constituida en Londres, con domicilio en Inglaterra. El entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina Bernardo de Irigoyen sostuvo que las personas jurídicas carecen de nacionalidad, y que "deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza", que esto es así "aunque ella sea exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros", y que "no tiene derecho a la protección diplomática". Coincidimos con Alfonsín y con López en que en el ámbito del DIPr no parece aconsejable recurrir al criterio de la nacionalidad para determinar la *lex societatis*.

1471. A favor de la conexión domicilio, se ha argumentado que toda sociedad debe tener un domicilio, y que el derecho de ese Estado es el que debe regularla. En la práctica, si la sociedad no existe, no puede tener domicilio, y ella adquiere domicilio en el lugar donde se constituye, por lo que ambas conexiones se realizarían en el mismo Estado. Existen algunas definiciones legales de domicilio con relación a las sociedades comerciales: el domicilio comercial es el lugar donde la sociedad comercial tiene el asiento principal de sus negocios (art. 3 TMDComTI de 1940); el art. 90.3 del CC argentino establece que el domicilio legal de las corporaciones es el lugar señalado en sus estatutos o en la autorización que se les hubiese dado, y en subsidio, el lugar en que estuviese situada la dirección o administración (Boggiano). En el Congreso de Montevideo de 1939-1940, la tesis de la nacionalidad fue rechazada enfáticamente con respecto a las personas jurídicas, adoptándose en cambio la conexión domicilio. Juristas como Vargas Guillemette, Sapena Pastor y Bustamante Rivero, sostenían que la gestión comercial de las empresas debía ser sometida a las leyes del país donde actuaran.

B) Cambio de sede

1472. El cambio de sede afecta a dos órdenes jurídicos: el del lugar de constitución de la sociedad –donde la sociedad tenía originariamente su domicilio– y el del nuevo domicilio. Normalmente el país del nuevo do-

micilio establecerá las condiciones que deberá cumplir la sociedad para dicho cambio de sede, pero esto no implica liquidación de la sociedad original y constitución de una nueva; por el contrario, aquélla conserva su personería, la cual se sigue rigiendo por la ley del lugar de constitución. Es necesario distinguir entre la situación normal y regular en que una sociedad constituida en un país decide mudar su sede a otro, del caso en que la sociedad actúa en fraude a la ley, y se constituye en un Estado a los solos efectos de evadir las disposiciones legales de otro, donde en realidad tiene intenciones de actuar.

Podemos encontrar algunas normas que expresamente prevén esta situación, como por ejemplo los ya citados arts. 124 de la Ley N° 19.550 argentina y 198 de la Ley N° 16.060 uruguaya, que exigen para los casos en que una sociedad constituida en un Estado tenga o se proponga establecer su sede o su objeto principal en el país, que cumpla con todos los requisitos, incluso de validez del contrato social, de la ley del país donde pretende actuar. En principio, mientras no cumpla con los requisitos exigidos por este último, sólo será reconocida a los efectos de estar en juicio y realizar actos aislados. No obstante, podría considerarse que en el caso en que la mudanza de la sede se produzca de buena fe, en forma regular, la sociedad podría ser tratada como sociedad regular, aun mientras no haya cumplido con las exigencias de las normas precitadas, "si se hubiesen iniciado las gestiones tendentes a llenarlas en un tiempo razonable", dice Boggiano. Y agrega que sería recomendable que se regulara en forma específica esta situación, a los efectos de otorgar seguridad jurídica a la operación.

1473. Cabe destacar que en un ámbito integrado, donde la libre circulación de personas jurídicas y la libertad de establecimiento sea tomada como una regla básica del ordenamiento de integración, pueden aparecer criterios que modifiquen lo que acabamos de decir. Es lo que ha sucedido en la CE, con la impactante sentencia "*Centros*", dictada por el TJCE el 9 de marzo de 1999. En el caso, el Sr. y la Sra. Bryde, nacionales daneses con domicilio en Dinamarca, inscribieron en el Registro de Inglaterra y del País de Gales, la sociedad *Centros* como *privated limited company* (sociedad de responsabilidad limitada), aprovechando que el Reino Unido no somete a este tipo de sociedades a ninguna exigencia con respecto

a la constitución y al desembolso de un capital social mínimo. De hecho, el capital social de *Centros*, que era de sólo 100 libras esterlinas, nunca fue desembolsado, y la sociedad no ejerció ninguna actividad en Gran Bretaña, ya que todas sus actividades estaban destinadas a realizarse en Dinamarca. Precisamente, el litigio se plantea cuando *Centros* solicita la inscripción de una sucursal en Dinamarca y la Dirección General de Comercio y Sociedades, dependiente del Ministerio de Comercio danés, le deniega esa inscripción, alegando que lo que se pretende constituir en Dinamarca no es una sucursal sino un establecimiento principal, eludiendo los requisitos legales, entre otros, el desembolso de 200.000 coronas danesas en concepto de capital mínimo inicial. En una decisión que ha generado no poca polémica, el TJCE dio la razón a *Centros*, sobre la base de las exigencias fundamentales de la libertad de establecimiento en que se basa el mercado europeo comunitario. Es decir que si una sociedad se constituye válidamente de acuerdo con las normas de un Estado comunitario, nada se puede oponer a que desempeñe su actividad (incluso toda su actividad) en otro Estado comunitario; la sentencia autoriza, no obstante, al Estado afectado a adoptar medidas para prevenir o sancionar fraudes en los casos en los que se haya demostrado que lo que se pretende "es eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado".

C) Las sociedades multinacionales

1474. Cabe distinguir entre las sociedades o empresas multinacionales y las transnacionales, dos "variantes de concentración empresarial y societaria", cuya diferencia jurídica "radica en el ordenamiento jurídico que les sirve de sustento": las primeras "tienen su fundamento jurídico en un único ordenamiento supranacional", como por ejemplo el Tratado para el establecimiento de un Estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas, del 6/7/1990, y su similar Estatuto de la empresa binacional argentino-paraguaya, del 30/10/1992. Se trata de esa particular "clase de sociedades o empresas que, mediante el cumplimiento de determinados requisitos jurídicos, se encuentran habilitadas para ser consideradas como nacionales de más de un país o hasta de una región o de un mercado" (López, citando a Radresa, Martinozzi). No obstante, es importante destacar

que, como lo ha sostenido Opertti, cuando el estatuto en que se fundan sea insuficiente, cabe la posibilidad de recurrir válidamente a las normas de DIPr para determinar la ley aplicable, ya que el estatuto no puede regular todos los aspectos posibles del caso societario internacional.

1475. Las empresas transnacionales en cambio "se asientan en varios ordenamientos jurídicos nacionales; esto es, la sociedad matriz se suele regir por la ley del lugar de su constitución o de su sede y cada subsidiaria o filial, respectivamente, por la ley del lugar en que se constituyó, tiene su sede o cumple su objeto" (López). Tálice, citando a Goldman, las ha definido como "los organismos económicos integrados por un conjunto de establecimientos (o de sociedades) distintas, localizadas en diferentes países, que actúan bajo la dirección y el impulso de una sociedad matriz que detenta el control y constituye el centro de decisión". Éstas operan, en general, a través de filiales o sucursales (ver Cap. 14.III.4 e *infra* II.3). Si bien las sociedades transnacionales presentan una problemática propia en muchos aspectos, como regla general quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas de conflicto nacionales e internacionales que regulan las sociedades comerciales. Aunque nótese, como señala Tálice, que dichas normas tienen en principio como destinatarias a las sociedades "nacionales", es decir aquellas que fueron constituidas en un Estado de acuerdo con su legislación interna. Tal naturaleza no cambia por el hecho de que esa sociedad actúe en otro Estado, es decir, la sociedad nacional no pasa a ser internacional, extranacional o multinacional por el hecho de desarrollar actividades en otro u otros Estados. Por el contrario, "internacionales" son aquellas sociedades "que se constituyen al margen de toda legislación nacional y están destinadas *ab initio* a cumplir una actividad internacional" (Tálice, Opertti, Alfonsín).

Las empresas transnacionales son entidades económicas que tienen su

> "(...) centro de decisión en un país determinado, cuyos nacionales son generalmente propietarios de una porción considerable de su capital y controlan, asimismo, los niveles más altos de su administración, pero que realizan sus actividades en varios países a través de establecimientos secundarios que pueden revestir diversas formas jurídicas, siempre supeditados en su política financiera, industrial y comercial, así como

> en el nombramiento de sus principales funcionarios, al centro de decisión al que se hizo referencia" (Opertti).

El Comité Jurídico Interamericano ha considerado como "transnacionales" a "aquellas empresas que, valiéndose de la técnica societaria, realizan operaciones en diferentes países, bajo interdependencia de intereses y criterios unificados respecto a planeamiento, determinación de negocios y políticas económicas y administrativas" (López).

D) Empresas públicas

1476. La personalidad jurídica de las empresas públicas es conferida por el Estado que las crea; en principio tienen "personalidad extraterritorial *ipso jure* excepto para el ejercicio de las funciones o servicios que tienen a su cargo". Así por ejemplo, conforme el derecho uruguayo, los entes autónomos

> "(...) instituidos para un servicio público comercial, industrial o bancario, poseen personalidad jurídica de derecho privado en el exterior para adquirir equipos y materiales, comprometer suministros, contratar servicios, realizar operaciones financieras, etc., y no la poseen para realizar en el exterior actos que configuren ejercicio de sus funciones o servicios. Para esto requieren ser admitidos por el Estado extranjero y someterse a la legislación territorial".

Asimismo, una empresa pública puede "unir sus capitales y sus medios con los de los particulares y constituir sociedades mixtas o de economía mixta". Dichas sociedades pueden ser personas jurídicas privadas o públicas, calificación que corresponde al derecho del Estado donde se constituyeron (Alfonsín).

El art. 3 del TMDCI de 1940 reconoce con respecto a todas las "personas jurídicas de derecho público", y no sólo al Estado, como lo hacía el de 1889, eficacia extraterritorial a su personalidad de derecho privado, aunque con la limitación que implica la conformidad de las leyes del Estado donde pretende hacer uso de su personalidad. Esta solución implica, según Alfonsín, "establecer un régimen territorial cuya implantación no hubiera requerido ningún acuerdo internacional", ya que dicha

conformidad no puede interpretarse como relativa exclusivamente a las normas que regulan los contratos y demás actos que la empresa pública de un Estado pretenda realizar en otro. Por el contrario, debe ajustarse también a las normas sobre capacidad de los Estados y demás personas públicas extranjeras del Estado receptor.

E) Grupos de sociedades

1477. La sociedad comercial, como sujeto de derecho que es, puede celebrar contratos de sociedad con otra u otras personas físicas o jurídicas; puede también constituir –conjuntamente con otra u otras sociedades– una nueva sociedad, es decir, una sociedad de sociedades. Otra modalidad puede ser la adquisición de participaciones en sociedades ya constituidas. Las distintas formas de agrupación de sociedades nacen

> "(...) como respuesta a la producción y comercio en gran escala que satisfacen necesidades masivas. Se concentran sociedades y empresas para conformar grupos poderosos y dominantes en la producción y en la comercialización de bienes o servicios o en actividades financieras; y también se agrupan sociedades y empresas pequeñas y medianas para poder concurrir competitivamente en el mundo de los negocios" (Rodríguez Olivera).

Como explica la citada especialista, la concentración societaria es un negocio jurídico celebrado entre sociedades que puede implicar una modificación de estructuras societarias o la creación de una nueva sociedad. La concentración empresaria en cambio "es un fenómeno económico ajeno al ámbito societario, aun cuando puede ser el resultado de una concentración societaria". Puede darse el caso de que en un grupo societario cada sociedad agrupada mantenga su respectiva personería jurídica, como por ejemplo en los contratos de colaboración, o que se produzcan cambios en la personería de las sociedades agrupadas, como ocurre en la fusión, que es el grado máximo de unión (ver *infra* III).

Los grupos de sociedades pueden conformarse exclusivamente por sociedades constituidas en un mismo Estado, con domicilio en ese mismo Estado, con todos los contactos jurídicamente relevantes en un solo Es-

tado. Pero obviamente, muchas veces se agrupan sociedades constituidas en distintos Estados, o con otros vínculos relevantes (domicilio, sede, etc), según el respectivo orden jurídico, con otro Estado. En principio esto es admitido, pero con distinto grado de amplitud. Así, podría por ejemplo admitirse en general en forma amplia y limitarse en algunos casos especiales, con relación a algunas materias en que un Estado puede tener interés en asegurar el control por la sociedad nacional, mayoría del capital nacional, etc. (ver por ejemplo en *infra* VI.4). La posición que adopten los distintos órdenes jurídicos dependerá de las políticas legislativas y económicas que se pretendan aplicar.

1478. La teoría del *disregard* permite el "desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad comercial en un caso concreto a fin de permitir llegar a las personas físicas o jurídicas detrás de la misma y a la realidad económica subyacente, para aplicarles el derecho positivo correspondiente a esa situación concreta" (Herrera). La sola existencia de un grupo o conjunto económico no amerita, de por sí, la aplicación de la teoría del *disregard*. Es necesario que exista abuso de derecho de la personalidad jurídica, lo cual ocurre cuando se utiliza la misma, sin justa causa, para "a) actuar en fraude a la ley, violar una prohibición legal o eludir una responsabilidad u obligación de fuente legal (in *fraudem legis*); b) eludir una responsabilidad u obligación de fuente contractual; o c) eludir una responsabilidad u obligación de fuente extracontractual" (TAC 1° de Uruguay, Sent. del 16/12/1993, Baldi, Barcelona (redactora), Rochón; Gutiérrez y Parga Lista, discordes parcialmente; *LJU*, caso N° 12.580).

2. Ámbito de la *lex societatis*

A) Constitución de la sociedad

1479. En principio la *lex societatis* rige todo lo que tiene que ver con la constitución, existencia, personalidad y capacidad de las sociedades; la actividad societaria en cambio queda excluida de su ámbito y sometida a la ley territorial del país donde la sociedad actúa (Alfonsín, Tálice, López). Normalmente dicho ámbito de la *lex societatis* está determinado ex-

presamente en la propia norma de conflicto. Así por ejemplo ocurre en el art. 192 de la Ley N° 16.060 de Uruguay, parcialmente en el art. 118 de la Ley N° 19.550 de Argentina, y en el art. 2 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles. La "existencia" de una sociedad se interpretó, en el Grupo de Trabajo encargado del tema en la CIDIP II, en sentido amplio, incluyendo tanto la constitución original de la sociedad como al surgimiento de la misma a través de una fusión, escisión o equivalentes (Opertti, López). La *lex societatis* también regula la forma del acto constitutivo de la sociedad (art. 118 de la ley argentina), lo cual incluye aspectos tales como los efectos del incumplimiento de las formas exigidas por la ley del lugar de constitución, el carácter *ad solemnitatem* de dichas formas, si el incumplimiento de las formas es subsanable por acto posterior, etc. (Boggiano, López).

En cuanto a la capacidad de la persona jurídica, incluida en el alcance de la *lex societatis* (art. 192 de la ley uruguaya, art. 2 de la Convención interamericana), no incluye en principio la "capacidad de ejercicio" de esa sociedad, la cual se regula por las normas que refieren a la actividad extraterritorial de las sociedades (Opertti). En el derecho brasileño, en el uruguayo y en la Convención interamericana, la capacidad admitida a las sociedades constituidas en el extranjero no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas en el país donde actúen (Valladão, López).

B) Derechos y deberes de los socios

1480. La *lex societatis* regula los derechos y deberes de los socios y todo lo que tiene que ver con el funcionamiento de la sociedad, como la formación de capital, la integración de los aportes, cuáles son los órganos de la sociedad, cómo se designan, cómo actúan y qué facultades tienen. Regula también las relaciones de los socios entre sí y respecto de la sociedad, con los administradores y los órganos sociales, así como las facultades que tiene cada uno de ellos. Por ejemplo, será la *lex societatis* la que determine si para realizar determinado acto es necesario o no una previa resolución del directorio. Existiendo sucursales, la *lex societatis* regula también las relaciones de la sociedad matriz con sus representantes (López). Corresponde también a esta ley regular las eventuales modificaciones del contrato o estatuto social (López, citando a Santos Belandro).

Pero la aplicación de la *lex societatis* no podría desplazar los principios fundamentales de orden público internacional en materia societaria, del país donde la sociedad pretende actuar. Esos principios deberán extraerse del derecho societario material de la ley del Estado respectivo; Boggiano pone el ejemplo del principio de igualdad razonable de los socios en circunstancias análogas. Señala también que las normas de policía en esta materia resultarían aplicables aun a sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

C) Representación

1481. La *lex societatis* rige la representación de la sociedad, al menos en cuanto a la relación interna representante-sociedad. En cuanto a la relación externa, señala Boggiano que:

> "(...) si una sociedad constituida en el extranjero celebra un acto jurídico aislado (art. 118, 2º párr., ley 19.550) en el país mediante un órgano cuyos poderes están restringidos según la *lex societatis*, la sociedad foránea resulta vinculada si la ley argentina no impone restricción a la ley personal extranjera y si, además, el tercero que contrató en el país desconocía inculpablemente la restricción de la *lex societatis*".

Y agrega que "se trata de una aplicación especial del principio que somete la representación especial al derecho del lugar en que el representante declara su consentimiento en nombre del representado". Se beneficia la validez del acto, aunque el juez deberá tener en cuenta a esos efectos las circunstancias del caso. También deberá tenerse presente que probablemente sea necesario ejecutar la sentencia que se obtenga en el país de actuación del representante, en el país de la sociedad extranjera (Boggiano).

Alfonsín por su parte señala que las personas jurídicas constituidas en un Estado han recurrido frecuentemente al mecanismo de ejercer su objeto en otro a través de representantes o mandatarios, sin obtener previamente su admisión territorial en el país donde pretenden actuar. Advierte que este procedimiento constituye un subterfugio inadmisible, y afirma que "no podía ejercerse la representación de una persona jurídica que en nuestro territorio no existía, por lo cual la práctica notarial y administrativa rechazaron este procedimiento sin vacilaciones".

D) Disolución y liquidación de sociedades

1482. La doctrina interpreta pacíficamente que la disolución de la sociedad está comprendida dentro del ámbito de la *lex societatis* (Tálice, López). Con respecto a la liquidación, en cambio, se han planteado algunas discrepancias. López entiende que la liquidación, etapa "consecuente y necesaria de la disolución", debe regularse por la *lex societatis*, ya que "es un proceso que debe abarcar todo el patrimonio social, sea cual fuere el lugar de ubicación de los distintos bienes y pasivos que lo componen". Señala que la jurisprudencia argentina se pronunció en este sentido en el caso *"Luis de Ridder Limitada S.A.C." (JA, 1995-I-646)*, dado que entendió que la ley del lugar de constitución "es el que decide la subsistencia de la personalidad durante la liquidación y el momento de la disolución". Sostuvo la CSJN que:

> "(...) el acreedor verificado es una sociedad constituida en el extranjero que se rige en cuanto a su existencia y forma por la ley del lugar de su constitución (art. 118, primer párrafo, Ley N° 19.550), que regula asimismo –entre otras materias– lo concerniente a la liquidación, disolución, extinción de la personalidad jurídica y destino del activo societario una vez extinguido el ente social".

II. Actividad internacional de las sociedades comerciales

1. Reconocimiento de la personalidad jurídica

1483. La personería de una sociedad comercial constituida en un Estado puede ser reconocida o no en otros Estados donde pretenda actuar. La respuesta deberá buscarse en las normas de DIPr aplicables en cada caso. Las normas de fuente internacional de la región adoptan en este punto un criterio amplio, estableciendo el reconocimiento de pleno derecho de las sociedades constituidas en el extranjero (art. 5 del TMDComI de 1889, art. 8 del TMDComTI de 1940, art. 3 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles de 1979). Sin perjuicio de esta extraterritorialidad de la personalidad

jurídica de las sociedades comerciales, los Estados podrán exigirles la comprobación de su existencia, conforme a la ley del lugar de su constitución (art. 3.2 Convención interamericana de 1979), mediante la presentación del estatuto o contrato social o testimonio auténtico del mismo, debidamente inscripto y publicado en el país donde se constituyó (si correspondiere conforme a la ley de constitución) y con un certificado del Registro de Comercio de dicho país (o constancia equivalente) que acredite su vigencia, todo debidamente legalizado y traducido, en su caso (López).

2. Derecho de establecimiento principal: el problema del traslado de la sede social

1484. Las sociedades tienen su establecimiento principal allí donde tienen el "centro principal de sus negocios", su "centro directivo", su administración. Este centro "obra como el cerebro de la persona jurídica impartiendo las órdenes y las orientaciones a todos los establecimientos que ejercen el objeto de la institución; en ese centro tienen asiento los órganos supremos, y allí se concentran todos los resultados, los beneficios y las responsabilidades" (Alfonsín). Las distintas legislaciones han adoptado mecanismos para evitar que el cambio de sede –a veces aparente– se utilice como mecanismo para eludir la ley regularmente aplicable (ver *infra* VI). De todas formas, para que opere el traslado de la sede social y se le reconozca continuidad a su personería jurídica deberán cumplirse los requisitos que exija el derecho del nuevo domicilio con respecto a "las condiciones en que se deba producir la mudanza y la adaptación material de los estatutos de derecho societario de la nueva sede" (Boggiano).

3. Derecho de establecimiento secundario: apertura de filiales y sucursales

1485. Cuando una sociedad constituida en un Estado pretende actuar en otro, puede hacerlo de dos maneras: en forma directa, a través de una agencia o representante o de la apertura de una sucursal, hipótesis éstas

en las que es la propia sociedad extranjera la que actúa en el país receptor, o en forma indirecta, a través de la constitución de una filial (López). La sucursal es

> "(...) un tipo especial de representación permanente que supone la reunión de varios elementos: 1. un centro de gestión y administración; 2. cierta estructura técnico-administrativa, asentada en un establecimiento; 3. un encargado (factor, director, gerente, etc.) que se halla al frente de la sucursal, con poderes amplios de representación, que le permiten actuar en nombre de la matriz y obligarla frente a terceros" (López, Ferro Astray).

Se diferencia del simple representante en que éste carece de sede u organización propia. El establecimiento de una filial supone la constitución de una sociedad nueva, jurídicamente independiente de la sociedad principal, aunque económicamente dependiente de la misma (López, Ferro Astray), por poseer esta última "todas o una parte significativa de sus acciones o participaciones sociales" (Berdaguer).

Es oportuno aclarar que en Brasil la expresión filial no se entiende referida a una nueva persona jurídica constituida en otro Estado distinto al de la matriz, sino a lo que se conoce como sucursal en los demás países del MERCOSUR, esto es, una representación permanente de la misma persona jurídica constituida en el extranjero, que tiene facultades para obligarla frente a terceros.

1486. Veamos como ejemplo lo que ocurrió en el caso *"C.M.J.S.A. c/ Estado, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Acción de nulidad"*, planteado en Uruguay (TCA, sent. del 12/9/1988, *LJU*, caso Nº 11.339): la actora impugnó una resolución del MTOP por la que se le intima el pago de una deuda que tendría la firma "*C.M.J.S.A. Sucursal Montevideo*" con el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, derivada del contrato celebrado con la Comisión Mixta Palmar (COMIPAL). La actora alegó, entre otras cosas, que tal pago no le correspondía, por no haber sido parte contratante de las obras de COMIPAL, sino que lo fue la similar (matriz) radicada en Brasil. El TCA consideró que el planteo de la actora relativo a su desvinculación como sujeto pasivo de la deuda carecía de fundamentación. Argumenta la actora que según consta en el

Contrato de Obras, las partes en el mismo fueron la COMIPAL y "*C.M.J.S.A.*", con sede en la ciudad de Bello Horizonte (Brasil), por lo que "*C.M.J.S.A. sucursal Montevideo*" era ajena a esa contratación. Sostuvo el Tribunal:

> "(...) tal argumento es totalmente desdeñable. No hay entre la actora y la casa Matriz (de Brasil) la desvinculación que se pretende, sino todo lo contrario. Ambas son una misma entidad jurídica, estando además –en el caso concreto de autos– ligados por una relación de mandato. La adjudicataria fue la casa Matriz, pero la actora –por mandato de la anterior– es la que asume la ejecución de las obras de Palmar, habiendo efectuado declaraciones juradas en tal sentido".

En el momento de escribir estas líneas el tema vuelve a estar sobre el tapete en relación con la actitud de bancos privados constituidos en Argentina, filiales de grandes bancos extranjeros, que, amparados en una normativa aprobada por el Gobierno argentino (el tristemente célebre "corralito"), incumplieron sistemáticamente sus obligaciones para con los clientes que habían depositado en ellos su confianza y –algo más tangible– sus ahorros. El argumento gira en torno a la actitud de los bancos argentinos que, para captar esos ahorros, se valieron del supuesto respaldo de bancos extranjeros de primer nivel.

III. Fusión internacional de sociedades

1487. Las empresas multinacionales que actúan en el "mercado ampliado que suponen los procesos de integración económica, son muchas veces producto de la concentración de empresas nacionales preexistentes (...); implica "la participación de dos o más sociedades constituidas de acuerdo con legislaciones nacionales diferentes y con sede en distintos países" (Tálice). Boggiano define la fusión como "la disolución sin liquidación de dos o más sociedades para constituir una nueva, o como la absorción, por una sociedad, de otra que se disuelve sin liquidación". Señala que requiere por lo general "un acuerdo o contrato patrimonial", pero que "ella no se agota en ese negocio aislado, sino que altera sustan-

cialmente a las sociedades fusionadas" e "implica una alteración de la personalidad societaria". En consecuencia, es necesario tener en cuenta acumulativamente las leyes societarias de las respectivas sociedades fusionadas; frente a las diferencias en las soluciones materiales internas de esas distintas legislaciones, la única solución posible será "(...) la aplicación de las soluciones o exigencias materiales más severas" (Boggiano).

Esta solución de conflicto acumulativa plantea diversos problemas prácticos: ¿qué ocurre si la fusión es válida conforme la *lex societatis* de una de las sociedades fusionadas y nula conforme a la de la otra? Boggiano advierte que "calificando la fusión como un problema de capacidad de las sociedades, se podría acudir al *favor negotii*", pero esto no garantizaría la eficacia extraterritorial de esa convalidación. La facultad de las partes para revocar el compromiso de fusión o para solicitar la rescisión del contrato de fusión, así como las condiciones para ello debe ser sometida a las *leges societatis*. En cuanto a los efectos de la fusión, Boggiano propone que la negociabilidad de las acciones emitidas con motivo de la fusión, la designación de administradores, la constitución de la nueva sociedad y la reforma estatutaria de la absorbente sean regulados por la ley de la sociedad absorbente o por la de la nueva sociedad; que la protección de los acreedores de la sociedad absorbida se rija por las *leges societatis* aplicadas acumulativamente; y que la transmisión universal de patrimonios de la o las sociedades absorbidas o integradas en una nueva lo sea por el acuerdo de las *leges societatis*, aunque para que dicha transmisión sea reconocida en los países de situación de los bienes, deberá ser reconocida por la *lex rei sitae*.

Pero muchas veces el orden jurídico aplicable (*lex societatis*) no contiene normas específicas que regulen la fusión, o las mismas no se adaptan a la fusión internacional. Habrá que recurrir entonces a los mecanismos de integración previstos en dicho ordenamiento, que generalmente habilitan a recurrir a los principios generales de derecho, la doctrina más recibida, los fundamentos de las leyes análogas, el DIPr comparado, etc. Tálice propone que para solucionar estos inconvenientes que sin duda derivan, en casos como este, del sistema de conflicto, habría que tratar de alcanzar soluciones materiales supranacionales. Boggiano también se inclina por la regulación material uniforme de la fusión internacional, ya que la norma de conflicto "será siempre imperfectamente adaptada, y en

todo caso acumulará las exigencias de los derechos en cuestión, con la consiguiente aplicación del derecho más severo".

Esta solución puede aparejar diversos inconvenientes, de mayor o menor gravedad. Boggiano menciona, entre otros, el siguiente ejemplo: el derecho brasileño prevé la acción de anulación de la fusión, mientras que el derecho argentino otorga a los acreedores el derecho de oposición a la operación. "No cabe aquí –sostiene– la simple acumulación, pues las soluciones materiales no la toleran: o hay realización de la operación con posterior juicio de anulación, o hay oposición a su realización". Concluye que se requiere en este caso una "adaptación material, sea en casos individuales, sea mediante adopción de soluciones uniformes en normas materiales convencionales". Y en cuanto a las condiciones de aprobación de la fusión por las asambleas generales, propone someterlas a cada *lex societatis*, pero complementando dicha norma de conflicto con normas materiales que establezcan, por ejemplo, un *quorum* mínimo y uno máximo.

IV. Contratos de *joint-venture* y empresas mixtas

1488. La expresión *joint-venture* internacional refiere generalmente a "la relación de cooperación contractual entre un inversor extranjero y una entidad privada o gubernamental de un país en desarrollo" (Marzorati). Explica este autor que estos contratos tienen por función "obtener las contribuciones de dos o más partes para desarrollar una actividad en común y compartir los riesgos, pérdidas o participar en los beneficios que el proyecto en común genere". No necesariamente resultará de la *joint-venture* la creación de una entidad nueva; se trata de una forma asociativa entre dos o más personas físicas o jurídicas, que eventualmente puede llegar a manifestarse a través de una sociedad. Sin embargo, concluye Marzorati, aunque el contrato de *joint-venture* no constituya necesariamente una sociedad,

> "(...) tiene un objeto, un reglamento de aportes, un capital común, un organismo de representación llamado comité, consejo o simplemente, un consejo de administración formado por representantes y un sistema

de unanimidad o de mayorías calificadas, cuando se trata de más de tres partícipes, para decidir los temas en función de su importancia".

También tienen un "sistema de cohesión y de preferencias entre los partícipes y un sistema de retiros o exclusiones paralelo al que existe en una sociedad".

Farina por su parte define a la *joint-venture* como un "acuerdo que se celebra entre dos o más empresas que mantienen sus respectivas autonomías jurídicas con el fin de realizar un objetivo común mediante la aportación de recursos y la administración compartida de ellos". Agrega que se produce la concurrencia de dos o más empresas, que alcanzan un acuerdo de voluntades destinado a regular sus derechos, del que puede surgir o no una figura corporativa. A diferencia de lo que ocurre con la fusión, las empresas participantes mantienen sus propias individualidades. Éstas deben cumplir con determinadas aportaciones, consistentes en dinero, bienes, tecnología, servicios, etc. El contrato de *joint-venture* debe explicitar además el objetivo común de las empresas participantes, y determinar cómo se administrarán los bienes y recursos para el logro de dicha finalidad. Y concluye afirmando que "el *joint-venture* no es una figura jurídica definida, sino que se refiere a toda forma de emprendimiento conjunto entre dos o más empresas que mantienen su propia individualidad jurídica". Cuando la *joint-venture* está constituida por empresas que a su vez fueron constituidas en Estados diferentes, o que tienen establecimientos o domicilios en países distintos, estaremos frente a una *joint-venture* internacional.

V. Dimensión convencional americana

1. El derecho societario internacional de la región

1489. El MERCOSUR no ha producido a través de sus órganos ninguna normativa que regule la materia societaria. Por tanto, la aplicación de las normas societarias vigentes no sufre variación substancial si el caso societario se plantea intra o extrazona. Como los tratados suscritos en materia societaria por los países integrantes del MERCOSUR son tra-

tados comunes, se aplicarán a casos provenientes de países ratificantes de cada tratado. La determinación del ámbito espacial de aplicación se realiza teniendo en cuenta las prescripciones contenidas en los mismos. La determinación del ámbito material de aplicación enfrenta a la necesidad de examinar las relaciones existentes entre los distintos tratados suscritos por un país sobre la misma materia.

Los países ratificantes de los Tratados de Montevideo ya los tenemos suficientemente vistos. Los que pueblan el cuadro de incorporaciones de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, suscripta en Montevideo en 1979, al 1°/12/2002, son Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Como se ve, está vigente en los cuatro Estados mercosureños.

La sustitución del TM 1989 por el de 1940 está resuelta en el art. 66 de este último. Para resolver la cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del TM de 1940 en relación con la Convención de la CIDIP II se recurre a la aplicación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (art. 30). De este modo entre Argentina, Uruguay y Paraguay se aplicará CIDIP II y sólo subsidiariamente y para el caso de carencia de normas y en tanto las soluciones resulten compatibles, se aplicarán las normas del Tratado de Montevideo de 1940. Respecto de Perú, que también ratificó la Convención interamericana II, el TM 1889 sólo resultará aplicable en el supuesto de carencia normativa en el tratado más reciente y en tanto resulte compatible con aquél.

2. Tratados de Montevideo

1490. El TMDComI 1889 en sus arts. 4 y 5 declara aplicable el derecho del domicilio de la sociedad comercial a la existencia y la capacidad de las sociedades comerciales. El art. 4 dispone que las relaciones jurídicas de los socios entre sí, de la sociedad frente a terceros y la forma del contrato social se rigen por la ley del domicilio comercial. Esto incluye a los requisitos de publicidad e inscripción e igualmente hace a la validez de la forma adoptada, al carácter *ad solemnitatem* o *ad probationem* que la misma debe tener y a las consecuencias que el incumplimiento de la forma exigida por ley acarrea. En lo que respecta a la capacidad ge-

nérica de la sociedad, el art. 5 utiliza la conexión domiciliar sin indicar preferencia por el domicilio comercial o legal, a diferencia del art. 4 que determina el derecho aplicable a la forma del contrato o del art. 7 al fijar la jurisdicción del foro del domicilio legal. El Tratado establece en su art. 5 que las sociedades serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados parte y serán hábiles para ejercer en ellos deberes civiles o gestionar su reconocimiento ante los tribunales, "mas para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos". El artículo se refiere a actos en plural, de lo que podría inferirse que un solo acto de los comprendidos en su objeto no implicará el sometimiento de la sociedad a la normativa interna. El Tratado prevé, además, la constitución de sucursal y agencia, y somete las operaciones que ellas practiquen a la ley del Estado donde funcionan.

En lo respecta al establecimiento de normas de jurisdicción internacional el TMDComI 1889 prevé para los conflictos de carácter interno, o sea de los socios entre sí y/o con la sociedad, la competencia del foro del domicilio legal de la sociedad (art. 7). Para los conflictos con terceros en cambio, otorga competencia concurrente a los jueces del domicilio legal de la sociedad y a los jueces del lugar donde los actos que dieron origen a la controversia se realizaron o debieron realizarse, a opción del accionante. Respecto de las operaciones practicadas por las agencias o sucursales, el art. 6 establece la jurisdicción de la autoridad local, es decir del lugar donde funcionen.

1491. El TMDComTI 1940 también adopta el criterio domiciliar como conexión jurídica relevante para regir a las sociedades comerciales. La calificación de domicilio comercial, ausente en la labor de 1889, fue incorporada al Tratado de 1940, entendiéndose por tal el lugar donde la sociedad tiene el asiento principal de sus negocios. La adopción del principio domiciliar queda reflejada en el art. 6. La interpretación sistemática de esta norma en relación con las disposiciones contenidas en los arts. 7 y 8, conduce a sostener que las sociedades comerciales, los aspectos referidos al contenido del contrato social, la calidad del documento, las relaciones jurídicas entre los socios, de éstos con la sociedad y de la misma con los terceros, son regidos por el derecho del domicilio comercial

de la misma. El mismo art. 6 somete la forma del contrato a la ley del lugar en que el mismo se celebre, sujetando las formas de publicidad a las determinaciones de cada Estado.

El sistema de Montevideo de 1940 se completa con una regulación expresa de algunos aspectos de la actuación internacional de las sociedades. Sienta el principio de reconocimiento de pleno derecho para las actuaciones aisladas y la comparencia en juicio (art. 8). Para la realización habitual de actos comprendidos en su objeto social en un país distinto a aquel en el que obtuvo su personería se establece la sujeción a la ley del Estado en el que intentan realizarlos (art. 8), prescribiendo que las sucursales o agencias se consideran domiciliadas a los efectos de los actos por ellas realizados en el país donde funcionan (art. 3).

El art. 11 del TMDComTI 1940 otorga jurisdicción a los jueces del domicilio de la sociedad, esto es los jueces del lugar del asiento principal de sus negocios, tanto para conocer en los litigios entre socios en carácter de tales, o que inicien los terceros contra la sociedad. La segunda parte agrega que si la sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del país de realización de los actos.

3. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (Montevideo, 1979)

1492. Como dijimos antes, esta Convención vincula a los cuatro Estados del MERCOSUR. El art. 1 señala su ámbito material y espacial de aplicación al disponer que "se aplica a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados parte". Esto significa que sólo rige para las sociedades mercantiles excluyéndose pues las sociedades civiles, las asociaciones, fundaciones y los contratos asociativos a los que no se aplicará la Convención.

Establece en su art. 2 que las sociedades mercantiles serán regidas en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución por el derecho del lugar de constitución. Por ende todas las fases de la vida social se rigen por la ley del lugar de su constitución que se transforma así en ley personal de la sociedad. La segunda parte del mismo art. 2 califi-

ca el "lugar de constitución" de las sociedades mercantiles, caracterizándolo como aquél "donde se cumplan los requisitos de fondo y forma requeridos para la creación de dichas sociedades". Téngase en cuenta que, como en todos los instrumentos generados por la CIDIP, se hace una expresa reserva de la inaplicabilidad del derecho extranjero cuando suponga una manifiesta violación del orden público (art. 7).

El mismo art. 2 dispone que la ley del lugar de constitución rige la forma del acto constitutivo de la sociedad. De este derecho corresponde derivar las consecuencias de la inobservancia de los requisitos formales exigidos. Ese mismo derecho también deberá decidir si el posterior cumplimiento produce –y bajo qué condiciones– la regularización de la sociedad. El derecho del lugar de constitución decidirá si la inobservancia de los requisitos formales ha permitido el nacimiento de una sociedad irregular, o si por el contrario, el incumplimiento de los recaudos formales obsta al nacimiento de una estructura societaria siquiera irregular. En el marco de la regulación de la cuestión formal quedan comprendidas también las cuestiones de publicidad e inscripción, sus medios y efectos.

La prueba de la constitución de la sociedad queda en principio también regida por la ley del lugar de constitución (art. 3, segundo párrafo). Esta solución, que resulta de la necesaria compatibilidad entre el derecho que rige el fondo del acto y la admisibilidad de los medios de prueba, ha sido receptada tanto en el sistema de las Convenciones interamericanas (Convención de la CIDIP II sobre recepción de pruebas en el extranjero), como en el ámbito de los TMDProcI de 1889 y 1940 (arts. 2 de ambos Tratados).

El art. 3 también establece que las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados, aunque admite que el Estado anfitrión exija que se acredite su existencia conforme la ley del lugar de su constitución, esto es, presentando ante las autoridades del Estado donde pretende ser reconocida los instrumentos donde conste su constitución. El reconocimiento de la capacidad a la sociedad constituida en el extranjero encuentra una limitación en la norma del art. 3 *in fine*: no podrá reconocérsele mayor capacidad que la que se otorga a las sociedades constituidas en el Estado reconociente.

El art. 4 prevé el establecimiento de la sociedad constituida en el ex-

tranjero para ejercitar actos habituales comprendidos en su objeto social, ya sea directa o indirectamente. La terminología utilizada no resulta del todo clara. En una derivación razonada del sistema podrá entenderse que actuación directa refiere a aquella que la sociedad realiza *per se*, esto es sin la colaboración de terceros (supuesto de establecimiento de sucursales o actuación de representantes). Actuación indirecta sería la realizada por medio de filiales). En ambas hipótesis se la somete a las prescripciones de la ley del Estado donde pretenda realizar dichos actos.

El art. 5 refiere al traslado de la sede efectiva de la administración central. Se faculta al Estado receptor a exigir a la sociedad constituida en el extranjero que cumpla los requisitos exigidos por la ley local. Se destaca que se trata de una potestad y no de un deber. La regulación de los requisitos exigibles para el cambio de sede y por ende los efectos de su inobservancia se regularán entonces por la ley del Estado de la nueva localización. Ello puede conducir a la necesidad de reconstituir la sociedad y por ende a la consideración de los efectos del cambio de sede mientras la sociedad no se reconstituya. A falta de regulación de esta cuestión en la Convención, su solución deberá desprenderse de los sistemas nacionales.

Los actos directa o indirectamente celebrados en cumplimiento del objeto social de la sociedad constituida en el extranjero, en territorio del Estado anfitrión quedan sometidos a los jueces de este último Estado (art. 6).

1493. La jurisprudencia uruguaya sobre TMDComTI de 1940 y Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles resolvió, en el caso "*Kenel Investment S.A. c/ Pallasa, Manuel, Incidente de nulidad. Pieza separada de autos "Pallasa, Manuel c/ Kenel Investment S.A., Cobro de pesos*" (Sent. TAC 1°, del 20/12/1994, Parga Lista (redactor), Gutiérrez, Barcelona, confirmatoria de 1ª Instancia), que el asunto no correspondía a la jurisdicción de los tribunales uruguayos, porque si bien la sociedad demandada era uruguaya, se trataba de un *holding* cuya actividad se realizaba en el exterior. Las sociedades anónimas que se constituyan en Uruguay y cuya actividad principal sea realizar inversiones en el extranjero, deben dejar expresa constancia en sus estatutos de hallarse sometidas a las prescripciones de la Ley N° 11.073, del 24/6/1948, sobre sociedades anónimas de inver-

sión, según lo dispone el art. 9 de dicha ley, requisito que había sido cumplido por la demandada. Su *domicilio*, en el sentido de asiento principal de sus negocios previsto en el art. 3 del TMDComTI de 1940, se encontraba en Argentina. La norma agrega que si la sociedad constituye establecimientos, sucursales o agencias en otros Estados, se consideran domiciliadas en el lugar donde funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen. El art. 6 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles reafirma dicho concepto. Concluye el tribunal que en el caso no caben dudas de que no se configura la competencia internacional acumulativa que dio mérito a la asunción de *jurisdicción* de los tribunales uruguayos, porque la ley internacional prima sobre la interna, lo que determina la *jurisdicción exclusiva* de los tribunales del Estado donde los actos han sido realizados, en el caso, Argentina. También fue rechazada la pretensión de que hubiere operado la prórroga de jurisdicción prevista en el art. 56 del TMDCI de 1940, habiendo entendido el tribunal que la promoción de esta acción significa una oposición expresa a tal prórroga.

VI. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

1494. En el derecho argentino deben considerarse las normas contenidas en la Ley N° 19.550 de Sociedades comerciales de 1972. La primera parte del art. 118 indica que la existencia y forma de la sociedad constituida en el extranjero se rige por la ley del lugar de su constitución. Pero debe tenerse en cuenta que el art. 124 dispone que la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos de las formalidades de constitución y contralor de funcionamiento, norma considerada de policía. La determinación de la ley personal de las sociedades surgirá de la interpretación de estas normas. Si la sociedad constituida en el extranjero tiene radicados en Argentina su sede o centro de explotación exclusiva, la capacidad de la so-

ciedad será regida por el derecho argentino (art. 124).

En supuestos en que la sociedad constituida en el extranjero no tenga localizados sede ni centro de explotación exclusivo en Argentina, la solución deberá extraerse de la primera parte del art. 118 que indica que las sociedades se rigen por la ley del lugar de su constitución. Cumplida la ley del país de constitución, ese derecho rige los requisitos de fondo del acto constitutivo, tanto en sus aspectos formales como sustanciales (objeto, capacidad).

La ley no brinda una definición de lugar de constitución, que se ha construido doctrinalmente, entendiéndolo como lugar de adquisición de la personalidad jurídica. La precisión del contenido concreto de ese concepto se realiza conforme a las exigencias específicas del derecho vigente en el lugar de adquisición de la personalidad jurídica. Recuérdese la diversidad de sistemas existentes (domiciliar y constitucionista).

1495. También será necesario definir las condiciones para que opere el art. 124 precitado. En primer término se destaca que la utilización de la conjunción disyuntiva "o", implica reconocer que para habilitar el funcionamiento de la norma será suficiente que se presente uno de los supuestos indicados: sede o principal objeto en el país. El DIPr argentino no contiene una calificación autárquica de sede social; se recurre entonces a las definiciones del derecho de fondo contenidas en los arts. 90.3 CC y 11.2 de la Ley de sociedades, los cuales refieren al domicilio estatutario. Una derivación razonada del sistema resultante de la norma del art. 124 conduce a preferir una calificación basada en la realidad que excluya de esta manera las hipótesis de fraude. Atento lo expresado, por sede social se entiende "el centro de dirección o administración general de la sociedad, cualquiera sea el domicilio estatutario".

La indeterminación del contacto utilizado en segundo término –principal objeto destinado a cumplirse en el país– puede provocar graves dificultades. En efecto, cuando el objeto social se cumpla en el país, no exclusiva sino concurrentemente con otros lugares de ejercicio habitual del objeto social, no puede sostenerse que el supuesto encuadre en la hipótesis típica descripta por el art. 124. Por el contrario, la explotación concurrente nos pone frente a la realidad de sucursales o representaciones que como tales deben quedar regidas por el art. 118 tercera parte y dis-

posiciones concordantes. La interpretación de "principal objeto" como objeto exclusivo a cumplirse en nuestro país, posibilita el funcionamiento armónico de las normas del art. 124 y del art. 118 en su primera y tercera parte (Boggiano).

La interpretación literal del art. 124 señalada, puede conducir a situaciones de injusticia en supuestos de sociedades regularmente constituidas en el extranjero que posteriormente muden su sede o explotación al país, cuando no existen condiciones que hagan presumible que se trate de una maniobra para evadir la aplicación del derecho patrio. O sea en supuestos en que los elementos subyacentes a las conexiones previstas en la norma hayan tenido su localización real y no fraudulenta en el extranjero. En estos supuestos, la norma del art. 124 no puede funcionar como una norma de exclusión sin vulnerar una interpretación sistemática de la ley de fondo, por lo que se debe interpretar como una norma de adaptación societaria y por ende deberá reconocerse la regularidad de la sociedad que no ha actuado en fraude a la ley, en tanto en cuanto haya iniciado las gestiones tendentes a su adecuación al derecho argentino (Boggiano).

1496. En lo que respecta al funcionamiento de las sociedades deberá tenerse en cuenta que los derechos y las obligaciones de los socios están regidos normalmente por la ley personal de la sociedad (art. 118 primera parte y art. 124). Pero como ese derecho puede contener reglas que pueden resultar difícilmente conciliables con los principios fundamentales del derecho societario argentino, deberá preverse el recurso al orden público considerado como conjunto de principios que informan el sistema jurídico argentino (art. 14.2 CC).

1497. Para determinar la responsabilidad de los representantes de sociedades constituidas en el extranjero, corresponde considerar el art. 121 de la Ley N° 19.550, que somete la responsabilidad de estos representantes a la ley argentina y se considera una norma de policía. El mismo artículo sujeta la responsabilidad de los órganos de las sociedades atípicas en el país a las normas que rigen la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas en la ley argentina. El art. 121 impone a los representantes de las sociedades constituidas fuera del país "las mismas responsabilidades" que la ley argentina impone a los administrado-

res. Naturalmente el funcionamiento de estas normas de aplicación inmediata está condicionado por la existencia de jurisdicción argentina.

El art. 118 en su 2da. parte, faculta a la sociedad constituida en el extranjero para realizar en el país actos aislados y estar en juicio. En su tercer párrafo, el art. 118 refiere a los requisitos que deben cumplir las sociedades constituidas en el extranjero para establecer representación permanente en el país. La hipótesis normativa refiere específicamente al ejercicio habitual en Argentina de los actos comprendidos en el objeto social de la sociedad constituida en el extranjero, ya sea que tal ejercicio de su objeto se realice a través de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente. O sea, no se está frente a una nueva personalidad societaria argentina sino frente a la mera representación de la sociedad constituida en el extranjero, a cuya actuación las normas materiales del derecho societario argentino le imponen determinadas condiciones.

Conforme lo impone la tercera parte del artículo 118, la sociedad constituida en el extranjero deberá: a) acreditar la existencia de la sociedad, con arreglo a las leyes del Estado de constitución; b) fijar domicilio en la República y cumplir con los requisitos de inscripción y publicación que la ley exige para el tipo de sociedad; c) justificar la decisión de crear dicha representación; d) nombrar la persona a cuyo cargo ella estará; y e) determinar el capital asignado cuando corresponda según leyes especiales.

Si la sociedad constituida en el extranjero es atípica en nuestro país, para establecer sucursal deberá ajustarse a las formalidades que en cada caso determine el juez de la inscripción, que, conforme dispone el art. 119, deberá fijarlas con el criterio de máximo rigor previsto en la ley argentina. Deberá llevar contabilidad separada en el país y someterse al control correspondiente al tipo de sociedad (art. 120).

1498. El art. 123 de la Ley de sociedades dispone que para constituir sociedades en la República, las sociedades constituidas en el extranjero deberán previamente acreditar ante el juez de registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por acciones en su caso. El

cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 123 habilita a la sociedad extranjera a constituir una sociedad filial en Argentina. El fin que ha presidido el establecimiento de la norma es el de asegurar el régimen de responsabilidad del socio y de control societario. Los demás países del MERCOSUR no tienen una norma equivalente al art. 123 de la ley argentina, incluso en el caso de Uruguay la Ley N° 16.060 decidió no incluir la norma que en tal sentido figuraba en el proyecto.

El art. 123 se aplica también cuando se trate de la constitución de una sociedad en el país, sea por fusión entre una sociedad constituida en el extranjero y otra en la República (fusión propiamente dicha), sea que la sociedad constituida en el extranjero se escinda para constituir una nueva sociedad en la Argentina (Boggiano).

Debe considerarse comprendida en el tipo legal del art. 123, la participación en sociedades argentinas constituidas. Ello resulta de la interpretación razonada del sistema y atendiendo al fin que ha presidido el establecimiento de la norma. En "*Parker Hannifin Argentina S.A.*" (*LL*, 1977-C-594), la CNCom resolvió que la exigencia de la inscripción en la sociedad en el país contenida en el art. 123 debía ser interpretada con criterio amplio.

Hay que esclarecer si el art. 123 contempla sólo los casos de sociedad controlada o aun vinculada (art. 33, Ley N° 19.550) o abarca también las hipótesis de participación insignificante. En el caso "*A.G.McKee Argentina S.A.*", la Sala C de la misma Cámara precisó que "(...) toda participación societaria en tipos por partes de interés o por cuotas impone siempre el cumplimiento de los requisitos del art. 123" (*LL*, 1978-B-439). Se aplica también en casos en que la participación de la sociedad extranjera sea mayoritaria, tal cual fue resuelto en el caso "*Saab Scania Argentina S.A.*" (*ED*, 79-387). Posteriormente la Sala A de la Cámara comercial consideró inaplicable el art. 123 a supuestos de participación ínfima ("*Hierro Patagónico Sierra Grande S.A.*" (*LL*, 1980-B-25) y "*Cueva, Rubén c/ Mercedes Benz Argentina S.A.*" (*LL*, 1997-D-855).

1499. La problemática del cambio de sede requiere examinar en primer término la cuestión de la validez y de la continuidad de la personería societaria, que implica la determinación del derecho competente para regir esa validez. Por otra parte deberán estudiarse las condiciones

que requiere el derecho de la nueva sede para permitir la mudanza. Si se examina la hipótesis de cambio de sede de la Argentina al extranjero, deberá tenerse en cuenta que el art. 244 de la ley societaria requiere que la resolución sea adoptada por el voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. La interpretación del precepto supone considerar que el término domicilio utilizado por el cuarto párrafo del art. 244 refiere a la sede real y efectiva de la sociedad. Si el cambio de sede resulta válido para el derecho argentino, aún habrá que examinar si también lo es para el país del nuevo domicilio, cuyo derecho deberá juzgar a la sociedad argentina como subsistente. El traslado de la sede fuera del país de su constitución no ha sido considerado causal de disolución de la sociedad en el derecho argentino (art. 94, Ley N° 19.550). El traslado de la sede extranjera a la Argentina supone considerar el riesgo del funcionamiento del art. 124, literalmente interpretado como se expresó más arriba.

1500. La ley societaria no contiene normativa expresa que resuelva el problema de la fusión ni el de la escisión en el ámbito internacional. Por lo que en atención a las consecuencias que se derivan para ambas sociedades, se ha considerado necesario someter la validez de la fusión a las respectivas leyes societarias de las sociedades involucradas en este fenómeno, que deberían aplicarse acumulativamente (Boggiano). En ninguno de los dos supuestos la aplicación del art. 14.4 CC (*favor negotiorum patriae*) permite la convalidación de la operación no permitida por la *lex societatis* extranjera más exigente que la argentina.

Tampoco hay norma expresa en materia de disolución. Sin embargo, resulta una derivación razonable del sistema societario argentino, sostener que el mismo derecho que se aplica a la constitución de la sociedad debe regir también su disolución. La aplicación de este principio deberá ser completada con la exposición relativa a las sociedades que caen bajo el ámbito de aplicación del art. 124 de la Ley de sociedades.

1501. El capítulo III, incorporado a la Ley de sociedades N° 19.550 por la Ley N° 22.903, refiere a los contratos de colaboración empresaria, describiendo el régimen de las agrupaciones de colaboración (arts. 367 a 376) y las uniones transitorias de empresas (arts. 377 a 383).

1502. El examen de las posibilidades jurisdiccionales deberá ser precedido necesariamente de la consideración de la índole de la controversia, que puede o no resultar de naturaleza societaria. La ley de sociedades no contiene normas de jurisdicción que indiquen los foros competentes para resolver cuestiones de índole societaria, por lo cual habrá que examinar posibilidades de construcción de soluciones que permitan la integración de esta carencia de regulación. Recurriendo al procedimiento del *forum causae* se considerará con jurisdicción internacional a los foros del país cuyo derecho rige la sociedad. Atento lo dispuesto por la norma de conflicto del art. 118, primera parte de la Ley de sociedades, los jueces del lugar de constitución de la sociedad tienen jurisdicción –al menos concurrente– para dirimir controversias societarias. Esta argumentación puede complementarse recurriendo a la aplicación analógica de las normas de competencia interna (Boggiano). Sin embargo si la sociedad constituida en el extranjero se encuentra entre las tipificadas por el art. 124 de la Ley de sociedades, deberá considerarse que si bien la sociedad ha sido constituida en el extranjero, desde la óptica del derecho argentino se trata de una sociedad local. Tratándose de una sociedad local, los jueces argentinos tienen competencia exclusiva en la materia.

El art. 122 de la Ley de sociedades dispone que el emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República: a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el litigio; b) si existiera sucursal, asiento o cualquier especie de representación, en la persona del representante. El art. 122 no ha establecido siquiera implícitamente una regla de jurisdicción internacional en ninguno de los dos incisos, sino meramente una regla de emplazamiento o citación.

1503. Se consideran ahora hipotéticas controversias de la sociedad con terceros que no revisten índole estrictamente societaria. Si se trata de cuestiones internacionales de índole estrictamente patrimonial, el art. 1 CPCN, posibilita para esos supuestos la prórroga de jurisdicción en jueces o árbitros que actúen fuera del país. Descartando la existencia de un acuerdo de partes sobre el tribunal judicial o arbitral elegido para dirimir la controversia, hay que aplicar las normas de jurisdicción internacional del derecho argentino en materia de contratos (arts. 1215 y 1216 CC)

que nos conducirán a atribuir jurisdicción a los foros del lugar de cumplimiento del contrato y del domicilio del demandado. Cabría aún examinar la posibilidad de utilizar también en esta materia el recurso al *forum causa*, a partir de las normas que indican el derecho aplicable a los contratos (arts. 1205, 1209, 1210, 1212, 1213 y 1214 CC), que brindarán la posibilidad de abrir foros concurrentes.

2. Brasil

1504. Desde 1889 el DIPr latinoamericano trata diferentemente los temas de la personalidad y capacidad de las personas jurídicas y el de las sociedades mercantiles. Esto porque fue elaborado un tratado específico de derecho comercial internacional, el cual se dedicaba a indicar las normas especiales para regir las sociedades comerciales (arts. 4 a 7 del TMDComI de 1889). Tal tradición se siguió en Argentina, Uruguay y Paraguay, pero no en Brasil. Esto porque el Código Bustamante de 1928, que influenció definitivamente la legislación brasileña, trata de forma igualitaria, con las mismas conexiones, a las "sociedades civiles, mercantiles o industriales" (art. 18 CB), distinguiendo sólo entre las sociedades anónimas o no (el art. 19 CB incluye una conexión especial para las sociedades anónimas). La tradición continuó en la CIDIP, cuando se elaboró la Convención de sociedades de 1979, que fue ratificada por Brasil (Decreto N° 2400, de 21/11/1997).

1505. La norma especial sobre persona jurídica, el art. 11 de la LICC, se aplica a las sociedades comerciales así como a las sociedades civiles sin fines de lucro. Según el art. 11, el criterio adoptado para el reconocimiento de la personalidad y determinación de la capacidad de las sociedades mercantiles en el DIPr brasileño es el de la incorporación, es decir, la ley aplicable es determinada por el país en el cual la sociedad comercial se quiere constituir.

En lo que respecta a la determinación de la nacionalidad de las sociedades comerciales además del citado art. 11, también hay una norma específica sobre sociedades anónimas, art. 60, Decreto-Ley N° 2627/1940, que dispone que serán nacionales las sociedades organizadas y con sede en

Brasil, acumulando como criterio de determinación de la nacionalidad dos requisitos: el criterio de la incorporación y el de la sede social. La Constitución de 1988 contenía un artículo corroborando esta acumulación y creando la sociedad brasileña de capital nacional y la sociedad brasileña de capital extranjero, pero dicho artículo (el 171) fue retirado de la reforma de 1995. Hoy se considera que el criterio en DIPr es único y determinado por el art. 11 de la LICC, siendo los demás, criterios de condición jurídica de los extranjeros. Cabe recordar, en este punto, que Brasil suscribió con Argentina un tratado permitiendo la creación de empresas brasileño-argentinas (Estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas, de 6 de junio de 1990).

1506. A pesar del reconocimiento a las sociedades comerciales extranjeras en Brasil, desde luego se aclara que para abrir filiales, agencias o mantener aquí cualquier tipo de establecimiento, es menester que sus actos constitutivos sean aprobados por el gobierno brasileño, sujetándose a la ley interna brasileña, en la forma del art. 11 de la LICC. Por último, se menciona que el art. 11 trata tanto de las personas jurídicas de derecho privado como de derecho público, sin distinción alguna. El párrafo 2 del art. 11 lo dispone en ese sentido al establecer que los gobiernos extranjeros, bien como las organizaciones de cualquier naturaleza, no podrán adquirir en Brasil bienes inmuebles o susceptibles de expropiación.

3. Paraguay

1507. En el derecho paraguayo, el art. 1196 CC establece que "las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, por las leyes de su domicilio" (también el art. 110) y no por la ley donde ella ha sido constituida, estableciendo una diferencia legislativa importante respecto del modo en que es regulada la cuestión en los demás países del MERCOSUR. Sin embargo, en la determinación del domicilio, la misma norma consagra el criterio de conexión más aceptado, el de que las sociedades constituidas en el extranjero "tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios".

El mismo artículo, en su segunda parte, dispone que "el carácter que revisten las habilita plenamente para ejercer en la República las acciones y derechos que les correspondan"; agregando después: "mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se ajustarán a las prescripciones establecidas en la República". A las sociedades constituidas en el extranjero, o con domicilio en el extranjero, les es reconocida su capacidad como sociedad o persona jurídica, pueden ejercer los actos propios de su objeto, pero sólo actos circunstanciales, para la realización de "actos habituales" de comercio o de los que forman parte de su objeto, sin que implique desconocimiento de su calidad de persona jurídica o sociedad, cumplir requisitos exigidos a las sociedades constituidas en el Paraguay. La justificación está centrada en que resulta inadmisible que una sociedad extranjera se encuentre en una situación más ventajosa respecto de las propias sociedades nacionales con las cuales puede competir, es lo que surge del art. 101 CC. Se pretende un equilibrio entre sociedades constituidas en el extranjero y las constituidas en la República, pero de modo alguno que las "constituidas" y "domiciliadas" en el extranjero tengan un trato más favorable, porque ello constituiría una competencia desleal inadmisible.

En la misma tónica, el art. 1199 CC dispone que:

> "(...) la sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República, cuyo principal objeto esté destinado a cumplirse en ella, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, o de su reforma y fiscalización, en su caso".

1508. Los requisitos a los cuales deberán ajustarse las sociedades constituidas en el extranjero para el cumplimiento de actos en la República están previstos en el artículo 1197 CC que dice:

> "(...) a los fines del cumplimiento de las formalidades mencionadas, toda sociedad constituida en el extranjero que desee ejercer su actividad en el territorio nacional debe:
> a) establecer una representación con domicilio en el país, además de los domicilios particulares que resulten de otras causas legales;
> b) acreditar que la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; y

c) justificar en igual forma, el acuerdo o decisión de crear la sucursal o representación, el capital que se le asigne, en su caso, y la designación de los representantes".

4. Uruguay

1509. La Ley de sociedades comerciales N° 16.060 del 4/9/1989 se aplica en todos aquellos casos en que no nos vincula norma convencional sobre la materia con el Estado involucrado. Recoge, con el mismo espíritu con que lo hizo en general el CGP en materia procesal, las soluciones de las convenciones interamericanas, para acompasar así los desarrollos del DIPr autónomo con los del DIPr convencional. Del análisis del texto surge que se mantienen la terminología y en general las soluciones de las convenciones interamericanas, en particular la de sociedades mercantiles de 1979, y no la de los Tratados de Montevideo (aunque las soluciones no difieren en lo fundamental con éstos). El art. 192 establece el alcance extensivo de la categoría y la ley aplicable a la misma, en los mismos términos de la Convención de 1979, e incorpora a texto expreso la excepción de orden público internacional (ver sobre el punto Cap. 6.IV.8, Cap. 7.I y II.4).

1510. El art. 193.1 consagra el criterio de la extraterritorialidad parcial, estableciendo la obligación de reconocer de pleno derecho las sociedades debidamente constituidas en el extranjero, previa comprobación de su existencia. A los efectos de comprobar dicha existencia, deberá presentarse el testimonio notarial de los estatutos de la matriz y sus modificaciones y la constancia de haber cumplido con los requisitos de inscripción y publicidad exigidos por la ley del lugar de constitución, todo debidamente legalizado (López, Berdaguer). Ese reconocimiento extraterritorial de las sociedades extranjeras se limita a "su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución", y le permitirá en consecuencia realizar sólo algunas actividades, en particular, las instrumentales o accesorias a su objeto, tales como presentarse en una licitación, presentarse en juicio, recibir un legado, etc. La actividad propia de su objeto no está incluida, en principio, dentro de ese régimen de reconocimiento extraterritorial,

sino que se regula específicamente, por una ley diferente, que en general es la ley territorial (Tálice).

En algunos casos, aun para la realización de actividad accesoria o instrumental como presentarse a una licitación internacional, se exige que cumplan ciertos requisitos previos. Así por ejemplo el art. 87 del Decreto N° 385/992 de 13/8/1992 que reglamenta el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, establece con respecto a las empresas extranjeras que pretendan competir en un llamado para la concesión de una obra pública en el país un plazo de 10 días de anticipación a la fecha de apertura de la licitación de que se trate para solicitar su inscripción en el Registro y obtener el correspondiente certificado para ofertar. Deberán presentar el contrato social y sus modificaciones, el título profesional del representante técnico, expedido o revalidado por la autoridad universitaria correspondiente, el que deberá ser acorde con la especialidad objeto del llamado. Además deberán presentar la resolución de las autoridades sociales competentes en las que conste la autorización para participar en la licitación, constitución de domicilio especial en la República, nombramiento de representante técnico y legal con poderes suficientes, y declaración de obligarse a constituir una sucursal u otro modo de representación permanente para el caso de resultar adjudicataria (Delpiazzo).

1511. El art. 193, 2° párrafo, opta por el criticado criterio de la habitualidad (ver Cap. 14.II.1 y III.4), según se desprende de la interpretación literal gramatical del texto legal: "podrán celebrar actos aislados y estar en juicio" y de la intención expresa de los autores del proyecto. Teniendo en cuenta que el 2° párrafo no es una disposición aislada sino que debe interpretarse en forma armónica con el 3°, se reafirma esta conclusión, ya que el 3° establece que si las sociedades constituidas en el extranjero "se propusieran el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente, deberán cumplir los siguientes requisitos", y enumera básicamente dos: la inscripción en el Registro Público de Comercio y las publicaciones legales. Significa que el cumplimiento de dichos requisitos sólo se exige cuando la sociedad extranjera pretende realizar actos de su objeto "mediante el establecimiento de sucursales o

cualquier otro tipo de representación permanente", no cuando sólo pretende "celebrar actos aislados".

La redacción de la norma no es clara ni recoge la terminología tradicionalmente utilizada por la doctrina. Si la intención del legislador no fue la expuesta, y por el contrario fue la de dejar de lado el conflictivo criterio cuali-cuantitativo o de la habitualidad, consagrado en el art. 4 del TMDCI de 1940 y en el art. 2394 del Apéndice del CC uruguayo, volviendo al criterio cualitativo ya introducido por el art. 4 del TMDCI de 1889, reivindicado luego por el art. 4 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979, y el art. 4 de la Convención interamericana sobre personas jurídicas de 1984, debió de haber utilizado otra redacción. Pudo por ejemplo haber expresado en el 2° párrafo que como consecuencia de lo establecido en el 1°, dichas sociedades podrán realizar actos accesorios o instrumentales, como por ejemplo "estar en juicio". Si la intención fue realmente la de mantener el criterio cuali-cuantitativo del Apéndice, debió haberlo expresado más claramente, diciendo por ejemplo, en el 2°, que las referidas sociedades podrán realizar actividad accesoria o instrumental, así como actos aislados propios de su objeto.

La doctrina nacional ha seguido el criterio de interpretación literal expuesto, señalando que el concepto de "actos aislados" tiene un límite preciso, que consiste en el establecimiento de una sucursal u otro tipo de representación permanente. Es decir que mientras la sociedad constituida en el extranjero no establezca una sucursal u otra representación permanente, el legislador no entendió conveniente exigirle el cumplimiento de los requisitos de inscripción y publicidad (López, Olivera). Así lo sostuvo expresamente uno de los autores del Proyecto de ley, Delfino Cazet, quien argumentó que la solución amplia y flexible que se adopta "es fundamental para recibir la inversión extranjera, a través de sociedades extranjeras", y criticó la solución restrictiva de la Convención interamericana de 1979 (Berdaguer).

Resulta compartible la interpretación que del art. 193 hace Berdaguer, en el sentido de que la norma establece una solución aún más flexible que el criterio tradicional cualitativo-cuantitativo de la habitualidad, ya que los requisitos de inscripción y publicidad se van a exigir no cuando sólo se realicen actos comprendidos en el objeto de la sociedad en forma habitual, sino cuando además, esto se haga a través del esta-

blecimiento de una sucursal u otra forma de representación permanente. En consecuencia, si la sociedad constituida en el extranjero realiza en Uruguay actos de su objeto en forma habitual, pero no a través de un representante permanente sino enviando a tales efectos a un director o gerente de la casa matriz, no estaría obligada a cumplir con los requisitos antedichos. La finalidad perseguida es permitir que las sociedades extranjeras puedan realizar ciertos actos comprendidos en su objeto a los efectos de explorar el mercado uruguayo antes de establecerse en forma permanente (Berdaguer).

Esta interpretación del art. 193 de la Ley N° 16.060 nos conduce, a primera vista, a una situación de contradicción entre la referida norma y el TMDCI de 1889 y la Convención interamericana de 1979. No obstante, Herbert plantea una nueva interpretación de dichas normas de fuente internacional que elimina esta aparente contradicción: sostiene que tanto el art. 5.2 del Tratado de 1889 como el art. 4.1 de la Convención de 1979 establecen que para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto, la sociedad se sujetará a la ley del Estado donde los realice. Por tanto, el Estado receptor puede modificar el criterio a seguir con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero. Con anterioridad a la Ley N° 16.060, la doctrina predominante adoptaba una interpretación restrictiva, que implicaba que la realización de cualquier acto propio del objeto, aunque fuere aislado, exigía la previa "sucursalización". Luego de sancionada la referida ley, "surge en Uruguay, con carácter general, un criterio legal amplio", lo cual "sin duda modifica el criterio interpretativo (anterior) de los Tratados vigentes". Es decir, se interpreta que "los referidos tratados sólo consagran el derecho del Estado receptor de establecer en qué hipótesis las sociedades extranjeras deben sucursalizarse y cuáles son los requisitos que deben cumplir a tales efectos" (Berdaguer).

1512. Recién con la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades comerciales N° 16.060, del 4/9/1989, el art. 193 establece directamente cuáles son los requisitos que debe cumplir la sociedad constituida en el extranjero que establezca una sucursal u otro tipo de representación permanente en Uruguay, en vez de recurrir a la fórmula indirecta de los tratados ("(...) se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado

en el cual intenten realizar dichos actos"). Se trata de requisitos de publicidad, que habilitan a la persona jurídica ya existente a actuar regularmente en Uruguay, y son los siguientes:

> "1) Inscribir en el Registro Público de Comercio, el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley".

Berdaguer señala que en la práctica los documentos que corresponde presentar, debidamente legalizados, traducidos si correspondiere y protocolizados en el Uruguay por el escribano interviniente, son los siguientes: testimonio notarial de la resolución referida, del estatuto y sus modificaciones, un certificado del Registro de Comercio del país de origen que acredite la vigencia de la sociedad y eventualmente, la primera copia de la escritura de poder donde figuren las facultades del administrador. Luego, previa inscripción en el RUC (Registro Único de Contribuyentes), el testimonio de la protocolización, junto con la correspondiente ficha registral, deberá inscribirse en el Registro Público y General de Comercio. Aconseja además que se agregue un informe emitido por un estudio jurídico del país de origen de la sociedad que acredite la viabilidad jurídica –conforme con el derecho de dicho Estado– de la instalación de una sucursal en Uruguay.

La Ley N° 16.060 no establece expresamente qué consecuencias jurídicas apareja el incumplimiento, por parte de las sociedades constituidas en el extranjero, de los requisitos establecidos en el art. 193. La doctrina ha interpretado que deben aplicarse por analogía las disposiciones que para el ámbito interno establece la propia Ley N° 16.060 con respecto a las sociedades irregulares (art. 36 y ss.), las que pueden resumirse en la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios y administradores de la sociedad extranjera con respecto a las reclamaciones que se deriven de su actuación en el país. Es decir que sólo se ven perjudicados los responsables de la situación irregular, no los terceros que hayan contratado con la sociedad, ya que los actos y contratos que celebren son plenamente válidos y eficaces. Esta ha sido también la posición sosteni-

da en la *VIII Jornada Notarial Uruguaya* (1997), bajo la coordinación de Schwartz y Herbert (Berdaguer).

Una vez cumplido el requisito de inscripción, se deben "2) efectuar las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país, según el tipo" (art. 193). El art. 194 exige además "llevar contabilidad separada y en idioma español y someterse a los controles administrativos que correspondan", como por ejemplo los referentes a normas fiscales o de previsión social, o los que exige la propia Ley N° 16.060 para las sociedades constituidas en el país (Berdaguer). Los administradores o representantes de las sociedades constituidas en el extranjero que actúen en el país contraen las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades constituidas en el país, según el tipo (art. 195). Cuando dicho "tipo" fuere desconocido por las leyes uruguayas, dichas responsabilidades, así como los demás requisitos que deben cumplir las sociedades extranjeras cuando establecen una sucursal u otro tipo de representación permanente (inscripción, publicación y controles administrativos) se regirán por las normas de las sociedades anónimas (art. 196). Advierte Berdaguer que esto supone que la sociedad deberá realizar un trámite administrativo de control de la legalidad de su estatuto social ante la Auditoría Interna de la Nación.

1513. El art. 197 establece la posibilidad de emplazar en Uruguay al representante de la sociedad extranjera que haya actuado en el acto o contrato que motive el litigio, aunque esa sociedad mercantil extranjera no tenga ni sede, ni oficina en el país. Esta solución tiende a evitar los perjuicios a terceros a través de un *doing business* indirecto de la sociedad extranjera en el país. Si bien antes de la aprobación de esta norma podía perseguirse judicialmente al representante, la misma lo facilita. La posibilidad de citar y emplazar al representante no significa que esa sociedad mercantil esté sometida a las leyes del país, ni que la misma se haya constituido en el país. El inc. 2 prevé la otra posibilidad: "si se hubiera establecido sucursal o representación permanente, el emplazamiento se efectuará en la persona del o de los administradores o representantes designados". Como señala Berdaguer, citando a Ferro Astray, "las sucursales importan siempre el establecimiento de un domicilio secundario con efectos respecto de la competencia, en

mérito a lo cual la empresa matriz puede ser demandada donde la sucursal tenga asiento".

En el caso *"Banco de Seguros del Estado c/ Nedlloyd Lijnen B.V."* (*RTYS*, N° 11, caso N° 193), el TAC 1° sostuvo, en sentencia N° 15 de 26/2/1998, que el art. 197 de la Ley N° 16.060 autoriza el emplazamiento de las sociedades extranjeras en la persona que haya actuado en su representación en el acto o contrato que motive el litigio. Esto constituye, agrega el Tribunal, una contrapartida a su derecho a estar en juicio admitido por el 2° párrafo del art. 193 y se justifica a efectos de que no se puedan eludir responsabilidades o de que no se haga dificultosa la exigibilidad de los derechos que se tenga contra la sociedad constituida en el extranjero.

1514. El art. 198 se tomó de las Convenciones interamericanas sobre sociedades mercantiles (art. 5) y sobre personas jurídicas (art. 5) y es similar al art. 124 de la ley argentina. La idea en estas convenciones fue lograr una reglamentación del fraude a la ley en la materia, que facilite la prevención del mismo. Lo que se busca con esta norma (art. 198) es evitar que las sociedades se aprovechen de un criterio benevolente de determinado Estado, para constituirse allí, y establecer su sede principal y ejercer su objeto en otro. Se pretende que no se eludan los requisitos del país donde se va a actuar. Cuando se compra una sociedad ya constituida en el extranjero, pero con la finalidad de establecer su sede principal en Uruguay, o cuando su principal objeto está destinado a cumplirse en el mismo, deben cumplirse todas las disposiciones de la ley nacional, incluso con respecto a la validez del contrato social. Se trata de una norma de aplicación inmediata o de policía (Boggiano, López), ya que si se da una de las dos hipótesis previstas en la norma –que la sociedad se proponga establecer su sede principal en Uruguay, o que su principal objeto esté destinado a cumplirse en el mismo– deberá aplicarse la ley uruguaya en forma imperativa, perentoria, y excluyente de cualquier eventual derecho extranjero aplicable (Boggiano).

Si la sociedad constituida en el extranjero, encontrándose en una de las dos hipótesis previstas en el art. 198 no cumpliera con los requisitos de la ley uruguaya, habría que estar a lo dispuesto en los arts. 22 y ss. sobre nulidades societarias. En principio las nulidades son subsanables

retroactivamente salvo que lo sean por objeto y causa ilícita, pero la anulación del vínculo de alguno de los socios no afecta a los demás ni a la sociedad, ni tampoco la validez y eficacia de los actos realizados por la sociedad (Berdaguer).

En forma complementaria a lo dispuesto por el art. 198 de la Ley N° 16.060, la Ley N° 16.497, del 15/6/1994, *DO* del 24/6/1996, establece que:

> "(...) se consideran representantes de firmas extranjeras a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en el país que, en forma habitual y autónoma, presten servicios consistentes en preparar, promover, facilitar o perfeccionar la transferencia de bienes o servicios que ofrezcan firmas extranjeras percibiendo una comisión o porcentaje a cargo del comitente" (art. 1).

El art. 2 establece la obligatoriedad de la inscripción de los representantes de firmas extranjeras en el Registro Nacional de Representantes de Firmas Extranjeras que lleva el Ministerio de Economía y Finanzas, y el art. 3 enumera los requisitos para dicha inscripción: tener matrícula vigente de comerciante, estar debidamente inscriptos ante el Banco de Previsión Social y la Dirección General Impositiva, acreditar honradez y costumbres morales, y no haber sido declarado fallido o concursado, salvo el caso de rehabilitación y obtención de carta de pago. Cualquier representante de firmas extranjeras o asociaciones civiles debidamente mandatadas, podrá oponerse en vía administrativa a dicha inscripción o solicitar su cancelación cuando el representante no cumpla los requisitos del art. 3 (art. 4). En todo negocio en que intervenga un representante de firma extranjera, se establecerá el nombre de dicho representante y su número de registro (art. 7).

1515. La Ley de sociedades comerciales N° 16.060 no establece en su art. 193 cuáles son los requisitos que deben cumplirse para establecer una filial en Uruguay. Esto se debe a que en esos casos "la que actúa localmente –y está sujeta a iguales controles que las sociedades nacionales– es la filial": se trata de una sociedad constituida en el país. Es la sociedad matriz la que "otorga directamente el contrato social o acta constitutiva de su filial uruguaya, sin necesidad de sucursalizarse previamente", dado que "quien en adelante actuará en el país es la filial (no la

matriz)", y por tanto "será la filial la que se inscribirá en los Registros y Oficinas públicas (BPS, DGI, etc.) que correspondan" (Berdaguer).

En el caso *"Banco Bandeirantes S.A. c/ Finanzas Bandeirantes S.A., cese de uso de nombre"* (JLC 15°, Sentencia del 25/4/1994, E. Martínez, consentida, en *LJU*, caso N° 12.719), la actora, sociedad anónima organizada y actuante en San Pablo, Brasil, constituida en el año 1943, desarrolla su actividad en el campo de la intermediación financiera, distinguiendo sus operaciones con el nombre *"Sistema Financiero Bandeirantes"* y habiendo registrado la marca *"Banco Bandeirantes"* en Uruguay. En 1991 se constituye en Uruguay para funcionar en ese país, *"Finanzas Bandeirantes"*. La juez actuante consideró que el nombre de esta última empresa era claramente semejante al de la actora, transgrediéndose lo preceptuado en el art. 12.3 de la Ley N° 16.060, que establece: "la denominación de una sociedad no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente", sin distinguir si esa otra sociedad preexistente es cualquiera o sólo cuando actúa o está radicada en Uruguay. Agrega el fallo: "por ello protege tanto a la sociedad que se haya constituido y funcione en el Uruguay como a aquella que lo hace en el extranjero", siendo suficiente la similitud o semejanza que resulta del conjunto de las palabras que integran el nombre.

El *disregard* sólo puede funcionar dentro del área singular de los arts. 511 y 189 de la Ley N° 16.060 (TAC 7°, *"Ruta 5 Gas Ltda., Tercería (250/93) en autos: Ema Cacciali c/ Ruta 5 Las Piedras Ltda., Incumplimiento de contrato"*, *LJU*, caso N° 12.981). El tribunal refiere a los casos en que la personalidad jurídica de la sociedad "sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros" (art. 189). La norma exige que se pruebe fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados. En el mismo sentido se pronunció el TAC 1° en la sentencia N° 208 de 16/12/1993 (*RTYS*, N° 7, caso N° 105), sosteniendo que no corresponde la aplicación de la teoría del *disregard* por cuanto, aunque el accionante habló de la existencia de conexiones irregulares o de hecho entre las sociedades demandadas, no invocó que se hubiera abusado en su perjuicio de la personalidad jurídica de las mismas para eludir una responsabilidad legal con fraude a la ley.

1516. Con respecto a los grupos de sociedades, existen disposiciones aisladas que limitan la participación de personas jurídicas constituidas en el extranjero en sociedades nacionales. Rodríguez Olivera cita el caso de las sociedades que pretendan explotar comercialmente una aeronave (Decretos N^{os} *358/1963*, *490/1970* y *775/1972*), en que se admite la participación de sociedades extranjeras pero no que éstas puedan constituir la mayoría o asumir funciones de dirección. Asimismo, en materia de transporte de pasajeros se admite la participación de sociedades extranjeras en la sociedad uruguaya pero no que asuman el control (Decreto N° 143/1983, arts. 22 y 23).

Bibliografía complementaria

AGUINIS, A.M.M. DE, *Empresas e inversiones en el MERCOSUR. Sociedades y* joint ventures. *Establecimiento de sucursal y filial. Inversiones extranjeras. Impuestos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; BATISTA, L.O., *Empresa transnacional e direito,* San Pablo, RT, 1987; BASSO, M., *Joint Ventures Manual Prático das Associações Empresariais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998; BERDAGUER, J., *Sociedades extranjeras. Principales aspectos de su actuación y contralor*, Montevideo, FCU, 1998; BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997; BOGGIANO, A., "Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado", en AADI, *El Derecho Internacional en los congresos ordinarios*, Córdoba, 1981, pp. 227-233; BOGGIANO, A., *Sociedades y grupos multinacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1985; DELPIAZZO, C.E., *Manual de contratación administrativa*, t. II, Parte especial, Montevideo, PRONADE, 1993; FARINA, J.M., *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997; FERRO ASTRAY, J.A., *Introducción a la nueva Ley de sociedades comerciales. Ciclo de conferencias*, Montevideo, FCU, 1990; LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E., "Sociedades constituidas en el extranjero", *Curso de sociedades comerciales*, t. II, vol. I, Montevideo, Universidad, pp. 45-68; LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E., *Sociedades constituidas en el extranjero. Estudio comparativo del derecho internacional argentino, brasileño y uruguayo*, Montevideo, FCU, 1999; MARZORATI, O.J., *Alianzas estratégicas y* joint ventures, Buenos Aires, Astrea, 1996; OLIVERA GARCÍA, R., "La emisión y cotización de papeles comerciales de sociedades argentinas en el Uruguay", *LJU*, t. CXI, pp. 239 a 244; OPERTTI, D., "El problema de las sociedades comerciales extranacionales en el derecho internacional

privado (en especial en la doctrina)", *Temas de derecho internacional privado. Cuadernos de derecho internacional privado*, N° 4, pp. 29 a 51; RODAS, J.G., *Sociedade comercial e Estado*, San Pablo, Saraiva, 1995; RODRÍGUEZ OLIVERA, N., *Agrupaciones societarias (en la nueva Ley de sociedades y en el régimen jurídico anterior)*, Montevideo, FCU, 1989; ROVIRA, A.L., *Sociedades extranjeras. Análisis del régimen legal argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985; SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, Eurolex, 2001; TALICE, J., "Las sociedades mercantiles en el derecho internacional privado americano", *Rev. Der. Com. Emp.*, N° 29-30, 1984, pp. 12 a 72.

Capítulo 32

Concursos y quiebras

María Blanca Noodt Taquela

I. Aspectos generales

1. Internacionalidad de la quiebra

1517. Los criterios para determinar la internacionalidad de la quiebra varían de acuerdo al sistema de DIPr de que se trate, pero en líneas generales se habla de quiebra internacional cuando existe un patrimonio internacionalmente disperso, aunque puede a veces resultar suficiente para caracterizar una quiebra como internacional que existan activos –bienes– en distintos países o pasivos –acreedores– en distintos países. Desde ya que la quiebra o cualquier otro proceso concursal abierto en el extranjero, cuando existen bienes en el propio país genera un caso de DIPr, pero se trata en realidad de la misma situación, aunque mirada desde otra perspectiva.

Otros elementos relevantes en algunos sistemas pueden ser la pertenencia de la sociedad deudora a un grupo multinacional, la "nacionalidad extranjera" del establecimiento o de la sociedad, la existencia de accionistas extranjeros de la sociedad fallida y la calidad de "extranjeros" de los acreedores que intenten participar en el proceso concursal (Veytia), ya sea que se los califique como tales por su nacionalidad, domicilio, residencia o lugar de cumplimiento de la obligación

1518. Como en toda situación de DIPr es necesario analizar la jurisdicción internacional: los distintos sistemas de DIPr pueden atribuir competencia para entender en el proceso concursal a los jueces del do-

micilio del deudor, o los de la sede de la sociedad, o los del Estado donde se encuentra el establecimiento principal, o donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses o los de los lugares donde existan bienes del deudor. Esta cuestión ha enfrentado durante más de un siglo las opiniones doctrinarias entre dos posturas que han resultado irreconciliables: la unidad o la pluralidad de juicios o procesos concursales.

La unidad supone un solo órgano jurisdiccional que declara la quiebra y generalmente se atribuye competencia al Estado del domicilio del deudor. La pluralidad de juicios implica atribuir jurisdicción internacional a todos los países donde existan bienes del deudor. Se ha intentado superar estas posturas extremas a través de la posibilidad de compatibilizar una quiebra principal con procedimientos secundarios, como lo propone la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 sobre la insolvencia transfronteriza.

2. Eficacia extraterritorial de la quiebra

1519. Otro aspecto que debe ser analizado es la eficacia extraterritorial de la quiebra declarada en el extranjero, es decir la posibilidad de que las medidas que se adopten respecto de los bienes del fallido o concursado se hagan efectivas en otros países, que los síndicos o administradores de la quiebra extranjera estén facultados para ejercer sus funciones en otros países (arts. 42, 43 y 49 TMDComTI de 1940) y que exista la posibilidad de revocar o de dejar sin efecto actos realizados en el país por el deudor, con posterioridad a la declaración de quiebra o en el período inmediatamente anterior. La territorialidad de la sentencia de quiebra, por lo contrario, significa que la quiebra declarada en un Estado no produce efectos en otros (art. 4, primer párrafo, parte final, de la Ley argentina N° 24.522).

Este aspecto de la extraterritorialidad o territorialidad de la sentencia de quiebra debe ser distinguido de la extraterritorialidad del presupuesto o hecho generador de la quiebra extranjera, a los fines de declarar una nueva quiebra en el país (Goldschmidt). La sentencia misma no produce efectos extraterritoriales, pero su presupuesto o hecho generador –ya sea la cesación de pagos o la insolvencia– se reconoce al solo efecto de

abrir otro proceso concursal en el país. Por lo tanto podemos distinguir entre extraterritorialidad o territorialidad del presupuesto o hecho generador de la quiebra.

3. Pluralidad de masas y preferencias locales

1520. El sistema de pluralidad de juicios, lleva a veces a la pluralidad de masas, es decir que los bienes existentes en un país respondan en forma preferente a los acreedores locales, lo que se conoce como el sistema de las preferencias locales o nacionales. En el sistema de unidad de quiebra, puede adoptarse el criterio de unidad o de pluralidad de masas. En un sistema de unidad de masas, la totalidad de los bienes del deudor serán liquidados para satisfacer a la totalidad de acreedores, de acuerdo a las preferencias y los privilegios que correspondan y a prorrata, pero sin hacer distinciones según el carácter local o extranjero del acreedor.

El sistema de pluralidad de masas se adopta a fin de instaurar preferencias para los acreedores locales con relación a los bienes existentes en ese país. El sistema de preferencias locales implica por sí mismo un tratamiento discriminatorio hacia los acreedores extranjeros. Este puede pasar por diferentes grados, desde sufrir una postergación con relación a los acreedores locales (art. 48 TMDComTI de 1940), hasta quedar absolutamente excluidos del proceso concursal (art. 4.2 Ley argentina N° 24.522).

4. Ley aplicable a las quiebras y los concursos

1521. Hay que tratar también el tema de la ley aplicable a la quiebra u otros procedimientos concursales, que si bien reviste ciertas dificultades por el carácter bifronte del derecho concursal –normas de fondo y procesales–, es bastante pacífica la aplicación de la *lex fori* (art. 48 TMDComTI de 1940), lo que torna más importante aún el tema de la jurisdicción internacional y el de la unidad o pluralidad de juicios, por su incidencia directa en la ley aplicable. No obstante, existen algunos aspectos que no quedan sometidos a la *lex fori*, como la verificación de los créditos, que en sus aspectos sustanciales debe regirse por la ley que sea aplicable al

crédito cuya verificación se solicita: si el crédito deriva de un contrato, se aplica la ley que rige el contrato; si el crédito tiene como causa un accidente de tránsito, se rige por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la ley del juez que entiende en el proceso concursal también se aplica a las cuestiones procesales de la verificación: plazos, modos, recursos, entre otras y a aquellas sustanciales referidas a los efectos que la quiebra produce sobre las relaciones jurídicas existentes, por ejemplo suspensión del curso de los intereses, posibilidad de resolver los contratos con el fallido o concursado, caducidad o prescripción por no ejercer el acreedor sus derechos en el proceso colectivo.

La ley aplicable a los privilegios en los procesos concursales es una cuestión que puede dar lugar a controversias. Los privilegios y otras preferencias cobran especial relevancia en la quiebra y algunos de ellos están relacionados con derechos reales, lo que conlleva la posibilidad de aplicar la ley del lugar de situación del bien, que puede no coincidir con el lugar donde tramita la quiebra.

1522. Tradicionalmente, el sistema de unidad importa la aplicación de una sola ley, que es la del juez que entiende en la quiebra y al comprender todo el activo y pasivo del quebrado, incluso el que se encuentre en otros Estados, la quiebra se extraterritorializa y produce efectos en los demás países, lo que se denomina universalidad de la quiebra. La pluralidad de juicios conduce a la aplicación de diversas leyes, pues cada juez aplicará su propia ley y se asocia también con la terrritorialidad la quiebra, lo que significa que la quiebra declarada en un país no producirá efectos extraterritoriales en los demás países.

Estos criterios radicalmente contrapuestos, que durante un siglo han constituido el paradigma en base al cual se desarrollaron todos los estudios sobre la quiebra internacional, no constituyen hoy –afortunadamente– el eje del discurso. La doctrina y los legisladores se preocupan por encontrar la manera de conjugar una realidad marcada por la convivencia de procedimientos concursales de naturaleza diversa, con la exigencia de permitir una equilibrada satisfacción de todos los acreedores del deudor quebrado, en otras palabras, con el reconocimiento de la universalidad de la quiebra (Esplugues). Por esta razón, la cooperación judicial internacional en materia concursal ha tomado una gran importancia en los últimos

tiempos. Más allá del gran desarrollo que ha tenido la cooperación judicial internacional en general en las últimas décadas, en materia concursal el fenómeno se ha desenvuelto especialmente en la última.

1523. Pensamos que es útil distinguir conceptualmente no sólo unidad y pluralidad de procesos, sino también extraterritorialidad o territorialidad de la sentencia de quiebra, extraterritorialidad o territorialidad del presupuesto de la quiebra y unidad o pluralidad de masas, es decir sistema de preferencias nacionales o tratamiento igualitario o discriminatorio hacia los acreedores extranjeros (Goldschmidt), simplemente como esquemas teóricos que ayudan a comprender la realidad de los sistemas convencionales y autónomos, realidad que es mucho más rica y combina diversos aspectos de los tradicionales modelos de unidad y pluralidad.

Es que la quiebra internacional, mientras se debatía entre dos opciones abstractas y apriorísticas, fue hasta comienzos de la década de 1990 uno de los temas menos desarrollados del DIPr, podría decirse que se encontraba en una etapa prehistórica, tanto por el territorialismo imperante en las legislaciones nacionales como por la falta casi total de regulación convencional.

Los únicos textos internacionales referidos al tema son los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Bustamante de 1928 y en el ámbito europeo la Convención sobre quiebra elaborada por la Unión Escandinava y Nórdica de DIPr de 1933 y algunos tratados bilaterales entre países europeos. Los trabajos comenzados a fines del siglo XIX por la Conferencia de La Haya concluyeron en dos proyectos de Convenciones uno de 1904 y otro de 1925, que nunca fueron aprobados (Esplugues).

1524. Esta situación ha variado radicalmente en los últimos años y la globalización de la economía internacional, fenómeno íntimamente ligado a la década de los noventa, ha sido uno de los elementos determinantes de la aparición de diversas regulaciones internacionales de las situaciones transnacionales de insolvencia (Esplugues). Hay que mencionar los siguientes textos aprobados a partir de 1990: Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, hecho en Estambul, en el marco del Consejo de Europa, el 5 de junio de 1990; Convenio de Bruselas sobre procedimientos de insolvencia, firmado entre los Estados

miembros de la Unión Europea, el 23 de noviembre de 1995, transformado en Reglamento comunitario en 2000; Ley Modelo de UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza, aprobada el 30 de mayo de 1997. Dejamos de lado el análisis de los textos de Estambul y Bruselas, por ser dos productos regionales europeos (el último de ellos, comunitario) y nos centramos en la Ley Modelo de UNCITRAL, que tiene vocación universal y que podría ser adoptada por los países del MERCOSUR. Cabe mencionar también que esta materia es uno de los temas que han sido propuestos en la Reunión Plenaria final de la CIDIP VI (Washington, 2002), para formar parte de la agenda de una futura CIDIP VII.

II. Reglamentación "universal": Ley Modelo de UNCITRAL de 1997

1525. Los objetivos de la Ley Modelo son modestos, pero indudablemente valiosos, porque los temas abordados se circunscribieron a facilitar la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los síndicos o administradores de la quiebra extranjera y el reconocimiento de los procedimientos concursales extranjeros. La Ley Modelo respeta las diferencias que se dan en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, sin pretender unificar el derecho sustantivo nacional en materia concursal. Su objetivo –según señala la propia Guía UNCITRAL– es concretar un sistema mínimo de cooperación judicial y administrativa y un mecanismo flexible y sencillo de reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros, con la posibilidad de iniciar procedimientos de carácter secundario.

Resulta claro que se trata de un sistema mínimo de tratamiento de la quiebra internacional, del art. 7 de la Ley Modelo que establece el principio del "grado de cooperación más amplio", que hace primar otras normas nacionales que puedan ser más favorables, sobre lo dispuesto en la propia Ley Modelo.

Se entendió preferible establecer un número limitado de principios básicos y reglas liminares que facilitasen la eficiencia y rapidez de respuesta ante los casos de quiebra transfronteriza y que fueran aplicables tanto en los Estados que utilizan medios judiciales frente a la insolvencia como a los que aplican métodos administrativos.

1526. Además, el método elegido por la Ley Modelo, si bien implica un grado más limitado de uniformidad, permite una mayor flexibilidad y la posibilidad de superar criterios irreconciliables, como lo han sido los de unidad o pluralidad de la quiebra internacional. Un instrumento de este tipo puede ser adoptado por los Estados, sancionando una ley interna que agregue, elimine o modifique alguna de sus normas, no requiere un número mínimo de ratificaciones para entrar en vigencia y que eventualmente puede ser modificada o derogada en forma unilateral posteriormente.

Por esto mismo, las normas de la Ley Modelo, una vez incorporadas por un Estado resultan desplazadas por un tratado internacional que resulte aplicable (art. 3). Sin embargo, se ha dejado establecido, con la misma fórmula utilizada en varios tratados internacionales, que el origen internacional de la Ley Modelo requiere que la interpretación tenga en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe (art. 8).

1527. Los principios básicos que adopta la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 son:

– el acceso del representante de la quiebra, a los tribunales de otros países (arts. 9 a 12, 23 y 24);

– la superación de la tradicional dicotomía entre unidad y pluralidad de la quiebra, a través de la admisión de procedimientos de insolvencia secundarios además del procedimiento principal (arts. 2.b y 2.c);

– la determinación de la jurisdicción internacional tanto para el procedimiento principal como para los secundarios o paralelos (arts. 2.b, 2.c y 28);

– el reconocimiento de las actuaciones concursales extranjeras (arts. 15 a 19);

– la determinación, a través de normas materiales, de los efectos del reconocimiento de un procedimiento principal o secundario, de modo que los efectos no queden regidos exclusivamente por la ley del Estado que reconoce la quiebra extranjera (arts. 20 a 22);

– el tratamiento igualitario a los acreedores extranjeros respecto de los nacionales y el derecho de los mismos para iniciar un procedimiento de insolvencia en otro Estado (arts. 13 y 14);

– la cooperación judicial entre tribunales y representantes de la quie-

bra, autorizando la solicitud de asistencia en el extranjero que éstos pueden formular (arts. 5, 7, 25 a 27);

– la coordinación de procedimientos concursales paralelos en distintos países y de las medidas adoptadas como consecuencia del reconocimiento y de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero (arts. 28 a 32).

1528. El texto preparado por UNCITRAL incluye en su regulación los procedimientos de liquidación –quiebra– y los de reorganización –concurso preventivo o concordato– (art. 2.a). Permite excluir de su ámbito de aplicación los procedimientos referidos a deudores sujetos a un régimen especial, como entidades de financieras y de seguros (art. 1.2) incluso las empresas de servicios públicos.

Existe también la posibilidad de no aplicar la Ley Modelo para los procedimientos concursales de personas no comerciantes –concurso civil–, en aquellos sistemas jurídicos en los que –como explica la Guía de UNCITRAL– no esté prevista la insolvencia del consumidor o de aquellas personas físicas que hayan contraído sus deudas más para fines personales y domésticos que comerciales.

El síndico, liquidador, administrador o curador quedan comprendidos en el concepto de representante extranjero, que se define como la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero (art. 2.d).

1529. La jurisdicción internacional principal corresponde al Estado "donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses" (art. 2.b), criterio atributivo que sustituye al tradicional del domicilio del deudor y que presenta como principal ventaja su efectividad y su mayor facilidad para determinarlo (Esplugues). El procedimiento que se abra en ese Estado será reconocido como procedimiento extranjero principal.

Se contemplan también jurisdicciones concurrentes, donde pueden abrirse procedimientos secundarios, en los Estados en que el deudor tenga un establecimiento. Se define establecimiento como "todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una acti-

vidad económica con medios humanos y bienes o servicios" (art. 2.f). Pareciera que el art. 28, al contemplar la posibilidad de que se abran procedimientos secundarios en el Estado donde existan bienes del deudor, incurre en contradicción con el art. 2.f., pero la Guía para la Incorporación de la Ley Modelo, establece la posibilidad de que los Estados, al introducirla, dejen de lado el fuero internacional del patrimonio –es decir la jurisdicción del lugar donde existan bienes del deudor– que es considerado un foro exorbitante y limiten la jurisdicción secundaria a los Estados donde exista un establecimiento del deudor.

Los criterios de jurisdicción internacional están contemplados desde la perspectiva del reconocimiento del procedimiento concursal extranjero, es decir como jurisdicción indirecta, sin embargo pensamos que probablemente para los Estados que adopten la Ley Modelo, funcionarán también como criterios de jurisdicción directa.

1530. El art. 13.1 recoge el principio del trato nacional a los acreedores extranjeros: al establecer que "los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él (...)". Sin embargo, el art. 13.2. contiene una importante limitación, ya que mantiene el orden de prelación de los créditos de la *lex fori*, siempre que los acreedores extranjeros queden ubicados como mínimo en el rango de los acreedores quirografarios o comunes. En la práctica esto significa que un acreedor privilegiado extranjero puede quedar equiparado a un acreedor quirografario local y que un acreedor quirografario extranjero no sufrirá postergación alguna en su rango.

Este punto nos parece de especial interés en los países del MERCOSUR, por la incidencia que tendría la adopción de la Ley Modelo en países que en distinta forma discriminan a los acreedores extranjeros (Argentina, Ley N° 24.522 art. 4 y Uruguay, CCom art. 1577). Se establece la obligación de notificar a los acreedores extranjeros en los casos en que corresponda hacerlo a los acreedores locales, pero se permite prescindir del exhorto internacional, carta rogatoria, u otra formalidad similar (art. 14.2), lo que implica que las comunicaciones pueden realizarse en forma privada, por ejemplo por vía postal.

1531. La Ley Modelo indica los requisitos y los documentos necesarios para solicitar el reconocimiento del procedimiento extranjero. No se requiere legalización de los documentos (art. 16.2) e incluso puede prescindirse de la traducción, pero el tribunal está facultado para exigirla (art. 15.4). Entendemos que estos requisitos sustituyen los que establezcan las normas convencionales o internas en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras. El procedimiento para el reconocimiento –fundamentalmente si debe sustanciarse el pedido o no– no está determinado por la Ley Modelo, por lo que se aplicarán las reglas del Estado donde se pretende el reconocimiento.

Los efectos del reconocimiento de cualquier procedimiento extranjero consisten, entre otros, en la paralización de cualquier medida de ejecución contra los bienes del deudor y la atribución del representante extranjero o de otra persona designada por el tribunal local de vender los bienes del deudor susceptibles de devaluación (art. 19). Si el procedimiento que se reconoce es el principal, se agregan a los efectos mencionados, la paralización de las acciones individuales contra el deudor y la suspensión del derecho del deudor de disponer o gravar sus bienes (art. 20).

1532. Con relación a la cooperación en materia de procedimientos de insolvencia transnacionales, los arts. 25 y 26 refieren no sólo a los tribunales sino, también, a los representantes de los procedimientos extranjeros (Esplugues). El reconocimiento del proceso concursal extranjero no implica inexorablemente la apertura de otro procedimiento concursal, ya que el art. 31 de la Ley Modelo se limita a incorporar una presunción –*iuris tantum*– de insolvencia, que admite prueba en contrario. En cambio, de acuerdo al art. 4 primer párrafo de la Ley argentina N° 24.522, la apertura de una quiebra en Argentina, como consecuencia de una quiebra extranjera, es automática en el sentido de que no cabe la posibilidad de demostrar la inexistencia del estado de cesación de pagos del deudor.

1533. En conclusión podemos decir con Esplugues que la Ley Modelo ha sustituido la noción de universalidad por la de tratamiento lo más unitario posible de la situación de insolvencia del deudor. El mismo autor considera que puede alcanzar mayor virtualidad práctica que los tex-

tos europeos, básicamente por tres razones: en primer lugar, por su propia naturaleza de Ley Modelo, en segundo por el marco en el que se ha negociado: la UNCITRAL, cuyos trabajos tienen voluntad universal. En tercer lugar, y este es un dato decisivo, porque el Congreso de los Estados Unidos de América, apenas siete meses después de haberse aprobado la Ley Modelo inició la tramitación de una propuesta de reforma del Título 11 del *United States Bankrcupcy Code* que añade un Capítulo VI "*Ancillary and Other Cross-Border Cases*" (Casos secundarios y otros casos transfronterizos) que incorpora sin más la Ley Modelo en el ordenamiento jurídico americano. El efecto mimético de la aceptación por parte de los Estados Unidos de América, junto con la falta de textos alternativos, puede ser decisivo para el éxito de la Ley Modelo.

1534. La Ley Modelo de UNCITRAL podría ser adoptada por los países del MERCOSUR o por alguno de ellos, a pesar de que se encuentra notablemente influida por la legislación de Estados Unidos de América y por el Convenio de Bruselas de 1995 (Veytia) y no obstante tres países del MERCOSUR son parte en el Tratado de Montevideo de 1940, en tanto Brasil, Bolivia y Chile han ratificado el Código Bustamante. De hecho, durante el año 2002 se ha elaborado en el Ministerio de Justicia de Argentina un anteproyecto de Ley sobre cooperación internacional en materia concursal que, de ser sancionado, incorporaría el texto de la UNCITRAL a la legislación interna.

Sería deseable que los Estados Miembros se comprometieran a adoptar la Ley Modelo como legislación interna y al mismo tiempo se comenzara a trabajar en la elaboración de un Acuerdo del MERCOSUR y Países Asociados, que basado en la Ley Modelo, profundizara sus soluciones, especialmente en los aspectos que sin contradecir el texto de UNCITRAL, pudieran ser unificados por haber sido ya regulados por los Tratados de Montevideo o por el Código Bustamante o por la conveniencia de armonizar la legislación en la región (art. 1 TA). Pensamos que esta labor requiere la participación de los sectores interesados y de los especialistas en el tema, quienes podrían contar además con el asesoramiento y la asistencia de los grupos de trabajo de UNCITRAL y de otros organismos interamericanos e internacionales.

III. Dimensión convencional americana

1. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

1535. Las normas que regulan la materia están contenidas en el TMDComI de 1889, arts. 35 a 48; en el TMDComTI de 1940, arts. 40 a 53; y en el TMDProcI de 1940, arts. 16 a 25 (que se ocupan del concurso civil de acreedores, regulación que no existe en el TMDProcI de 1889). En cuanto a su ámbito de aplicación material, el Tratado de 1889 se refiere a las quiebras, sin aludir al concurso preventivo u otros procedimientos concursales tendentes a reestructurar la empresa o a liquidar los bienes del deudor (art. 35 y ss.). El Tratado de 1940, si bien regula las quiebras, contiene una norma que hace aplicables esas reglas a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas contenidas en las leyes de los Estados contratantes (art. 53).

Ambos Tratados de derecho comercial adoptan como criterio básico para determinar la jurisdicción internacional para el juicio de quiebra, el del domicilio comercial del deudor, ya sea que se trate de personas físicas o de sociedades mercantiles, aunque tengan agencias o sucursales en otros Estados que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal (art. 40 TMDComTI 1940, similar al art. 35 del TMDComI 1889). Cuando el deudor tiene casas comerciales independientes en distintos Estados, tienen jurisdicción internacional para entender en los juicios de quiebra los jueces del domicilio de cada una de ellas (art. 41 TMDComTI 1940, similar al art. 36 del TMDComI 1889).

Durante el Segundo Congreso de Montevideo de 1939-1940, la Comisión de Derecho Comercial encomendó al miembro informante, Dr. Raúl Sapena Pastor (Paraguay), que aclarara que el rasgo diferencial más importante entre las "casas comerciales independientes" a las que se refiere el art. 41, es la independencia económica. Dijo el miembro informante que no se quiso introducir esa aclaración en el texto del Tratado, para no limitar las facultades interpretativas de los jueces en presencia de otros rasgos típicos diferenciales.

1536. A pesar de la importancia que tiene la opinión de los delegados al Congreso de Montevideo de 1939-1940, pensamos que hay que inter-

pretar que casas comerciales independientes significa independencia jurídica, aunque no exista independencia económica de la casa central. Podríamos decir que el art. 41 se aplica cuando existen distintas sociedades constituidas en dos Estados diferentes, aunque formen parte del mismo grupo empresario o sean sociedades controladas o vinculadas. En este supuesto de actuación extraterritorial, que es el más utilizado en la práctica, habrá pluralidad de juicios de quiebra. La unidad del juicio de quiebra se dará entonces, por aplicación del art. 40, cuando la sociedad constituida en uno de los Estados ha establecido una sucursal –que no es jurídicamente independiente– en otro país, o tiene alguna representación o agencia en otro país. Resulta útil tener en consideración a los efectos de distinguir ambas situaciones, la diferencia entre filial y sucursal estudiada en el capítulo 31.II.3.

La CNCom-A en el caso *"Belum S.A."* el 11/12/1998 resolvió que era incompetente para declarar la quiebra de la sucursal de una sociedad constituida en Uruguay, con fundamento en el art. 40 del TMDComTI 1940. El acreedor peticionante de la quiebra planteó la "independencia económica de la sucursal respecto de la matriz", como fundamento de la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos. El dictamen del Fiscal de Cámara, seguido por la Cámara Comercial, consideró que el capital asignado a la sucursal de U$S 20.000 y otras circunstancias como la reinversión de utilidades no eran signo de independencia económica de la sucursal, como tampoco el frustrado concurso preventivo de "*Belum S.A.*", por lo que se confirmó la resolución de incompetencia. La sentencia no se pronuncia expresamente sobre si el art. 41 del TMDComTI debe ser interpretado en el sentido de que "casas comerciales independientes" se refiere a independencia económica o jurídica.

En el caso *"Balparda y Piñeyrúa"* (1901) el juez uruguayo, que entendía en la quiebra de un armador y empresario de transportes fluviales, dijo que estando el domicilio comercial del deudor en Montevideo, donde estaba domiciliado con su familia y tenía el asiento principal de sus negocios, la circunstancia de tener buques matriculados en Argentina y que navegaban con bandera argentina y una agencia que obraba por cuenta y responsabilidad de la casa principal y única establecida en Montevideo, no configuraba la situación del art. 36 del TMDComI 1889 (similar al art. 41 del TMDComTI 1940). Rechazó por lo tanto el

cumplimiento del exhorto librado por un juez de Buenos Aires, donde tramitaba el concurso de la misma persona, en el que se le solicitaba abstenerse de seguir actuando en el juicio de quiebra.

1537. El significado del concepto de "domicilio" fue ampliamente debatido durante el Segundo Congreso de Montevideo (1939-1940) planteándose la duda sobre si domicilio comercial implica el "lugar donde funciona la dirección principal" (sede) –postura sostenida por la delegación argentina– o el lugar donde se encuentra el "asiento principal de los negocios" –postura de las demás delegaciones, que fue la que se aceptó en el art. 3 del TMDComTI 1940 (Esplugues Mota). Hay que tener en consideración que esta calificación autárquica de "domicilio comercial" sigue siendo aplicable entre Argentina, Paraguay y Uruguay, pues la CIDIP II de Sociedades, vigente en los cuatro países del MERCOSUR, no contiene una calificación del domicilio social. Con respecto a las personas físicas, poco aporta la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado (Montevideo, 1979) ya que no se refiere al domicilio comercial.

1538. Aun cuando la sociedad fallida tenga sucursales en otros Estados que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal, situación que el art. 40 TMDComTI 1940 encuadra como de unidad de juicio de quiebra, existirá pluralidad de juicios si los acreedores locales optan por promover un nuevo juicio de quiebra, dentro del plazo de sesenta días establecido en el art. 45 del mismo Tratado.

Acreedor local es aquél cuyo crédito es pagadero en el lugar donde existen bienes del deudor (art. 46 TMDComTI 1940). Al acreedor local le basta con demostrar la existencia de su crédito, sin que sea necesario probar el estado de insolvencia o cesación de pagos, ya que éste es un supuesto en que se extraterritorializa el presupuesto de la quiebra. También se hacen concesiones a la pluralidad cuando se trata de concursos especiales de acreedores hipotecarios o prendarios –ejecuciones separadas de la quiebra– que pueden ser promovidas ante los jueces del Estado donde están situados los bienes asiento del privilegio (art. 50 TMDComTI 1940).

Podría entenderse que esta norma es aplicable también a otras garantías reales como el *warrant*, pero no conocemos casos en los que se ha-

ya planteado el supuesto. Si bien algunos autores entienden que los Tratados de Montevideo siguen el sistema de la unidad (Esplugues Mota), o que el sistema de la unidad es la regla general y como excepción se establece la pluralidad (Argaña), pensamos que el sistema es mixto y que no puede decirse que la pluralidad es simplemente una excepción. Ya sea por aplicación del art. 41 o por la opción del art. 45, las posibilidades de que exista más de un proceso de quiebra, son muchas.

1539. La jurisdicción internacional en el concurso civil, regulada en el TMDProcI de 1940, sigue un sistema similar al TMDComTI del mismo año, ya que se funda en el domicilio del deudor (art. 16) y existe también la opción a favor de los acreedores de abrir concursos independientes en los países donde haya bienes del deudor (art. 17). No existe referencia a las "casas comerciales independientes" del art. 41 TMDComTI, que no tendría mucho sentido cuando el sujeto pasivo del concurso civil es una persona física no comerciante.

Argentina no distingue entre deudores comerciantes y civiles, a los efectos de considerarlos sujetos pasivos de la quiebra o concurso civil, ya que toda persona física y toda persona jurídica de carácter privado pueden solicitar su concurso preventivo o ser declaradas en quiebra, incluso a partir de 1995 también algunas personas jurídicas de carácter público son sujetos del concurso o quiebra (art. 2 de la Ley N° 24.522 de 1995). El concurso civil estaba originariamente regulado en los Códigos procesales, luego a partir de 1972 por la Ley de concursos N° 19.551 (art. 310) y fue derogado en 1983 por la Ley N° 22.917. Brasil y Uruguay someten a la quiebra y el concordato preventivo sólo a los deudores comerciantes (Brasil, Lei de Falências, Dec. Leg. N° 7661/45, art. 1; Uruguay CCom. arts. 1523 y 1572); Uruguay contempla el concurso para el deudor civil (CGP arts. 452 a 471, esp. art. 454).

1540. La ley aplicable a la quiebra y demás procesos concursales es la *lex fori*, tanto cuando existe quiebra única (art. 48 TMDComTI 1940, no expreso en el TMDComI 1889), como cuando hay pluralidad de quiebras, en cuyo caso los jueces intervinientes aplicarán sus respectivas leyes (art. 45 TMDComTI 1940 y art. 39 TMDComI 1889). Las excepciones a esta regla general son la ejecución de bienes ubicados en otras

jurisdicciones que se rige por la ley del lugar de situación de los mismos (arts. 49 y 50 TMDComTI 1940) y los efectos personales de la quiebra, incluyendo la rehabilitación del fallido que se rigen por la ley del domicilio del deudor (art. 52 TMDComTI 1940).

La quiebra declarada en un Estado produce diversos efectos extraterritoriales, sin necesidad de reconocimiento como sentencia extranjera, en lo que se refiere a la publicidad, medidas cautelares y reconocimiento de la autoridad de los síndicos. Decretada la quiebra en un Estado, sus efectos se expanden a todos los demás. Los bienes del deudor que se encuentren en cualquiera de los Estados parte, serán afectados por las medidas preventivas dispuestas por el juez que decretó la quiebra (art. 43 TMDComTI 1940 y art. 37 TMDComI 1889). La autoridad de los funcionarios concursales es reconocida en todos los Estados parte. Los síndicos, administradores o funcionarios de la quiebra ejercen en los demás Estados las atribuciones que les confiere la ley del lugar donde fue decretada la quiebra; pueden tomar medidas de conservación y de administración y comparecer en juicio (art. 49 TMDComTI 1940 y art. 45 TMDComI 1889).

1541. La publicidad de la sentencia de quiebra, tal como esté contemplada en la ley del Estado donde se decretó la quiebra, se hará efectiva además en los otros Estados donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido. Las formalidades de las publicaciones se sujetan a las leyes del lugar donde éstas se efectúen (art. 42 TMDComTI 1940). Han de considerarse comprendidos tanto la publicación de edictos o avisos en periódicos, como la inscripción de la quiebra en Registros Públicos –Propiedad Inmueble, Propiedad Automotor, Registro Nacional de Buques, Registro de la Propiedad Industrial, o equivalentes, como la comunicación a diversos organismos: de control de las sociedades o personas jurídicas. El TMDComI 1889 no contiene una norma expresa equivalente al art. 42 TMDComTI 1940, pero puede inferirse la misma solución del contexto de los arts. 37 a 39 TMDComI 1889.

1542. ¿Cómo se hacen efectivas las medidas cautelares y las de publicidad? El juez de la quiebra libra un exhorto internacional solicitando al juez del país donde existan bienes que disponga la inhibición general de

bienes o medidas equivalentes previstas en el sistema jurídico del exhortado, y al mismo tiempo las publicaciones de edictos para que sean ordenadas por el juez donde existan sucursales, agencias y establecimientos del fallido, en los medios apropiados. Se aplicará el Protocolo de Las Leñas de 1992 y el Protocolo de medidas cautelares de 1994, sin perjuicio de utilizar las Convenciones de CIDIP, cuando puedan resultar más favorables. Es conveniente que ambas medidas –preventivas y de publicidad– se ordenen juntas y se contemple además la publicación de los avisos por 30 días del art. 44 TMDComTI 1940. Así dispuso el JuzNCom 7,14 en el caso *"Manes"* (1987), quiebra decretada en Buenos Aires, de una persona física que tenía bienes en Uruguay.

Además de librar un exhorto, cabe la posibilidad de que el síndico se presente directamente ante el juez del lugar donde existan bienes del fallido, con testimonio legalizado de la sentencia de quiebra, de su designación y de la orden judicial de adoptar determinadas medidas. Cabe también la posibilidad de que el síndico otorgue un poder a un representante que actúe en su nombre en el otro país (art. 49 TMDComTI 1940). La amplitud del art. 49 permite –en nuestra opinión– prescindir del exhorto, especialmente si se trata de comparecer en un juicio en el que el deudor sea parte, presentarse ante autoridades administrativas o ante particulares, por ejemplo concurrir a una asamblea en representación del fallido, accionista en una sociedad constituida en el extranjero.

La publicidad durante treinta días seguidos es sumamente onerosa y puede constituir una dificultad cuando no existe activo en el país donde se decretó la quiebra, pero hay bienes en otro Estado, ¿qué posibilidad existe de que ese plazo se reduzca, por ejemplo una vez por semana durante cuatro semanas, en diferentes días? ¿Quién tendría que disponerlo? ¿El juez exhortante o el exhortado?

1543. Los efectos extraterritoriales de la sentencia de quiebra son amplios, pero el juez que entiende en la quiebra no puede disponer o solicitar la ejecución de bienes del deudor existentes en otros países, sin cumplir previamente las publicaciones previstas por el art. 44 TMDComTI 1940 y dejar que transcurra el plazo de sesenta días previsto en esa norma para el ejercicio de la opción de los acreedores locales de solicitar una nueva quiebra en ese país. ¿Por qué? Porque el juez del Estado donde

existan bienes del deudor podría llegar a declarar también la quiebra del deudor, si los acreedores ejercen la opción del art. 45 TMDComTI 1940. La posibilidad de que el juez de un Estado donde existan bienes del deudor ordene la transferencia de los fondos resultantes del remate de los bienes, depende de que no se haya decretado la quiebra también en ese país. Como la opción depende de los acreedores locales, es requisito indispensable que se realicen las publicaciones y venza el plazo de sesenta días. Transcurrido el plazo, el juez podrá transferir los fondos.

Lo que acabamos de explicar tiene apoyo en el art. 51 TMDComTI 1940, que en caso de pluralidad de quiebras, contempla la situación con relación a los bienes existentes en un tercer Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra y establece que esos bienes concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiere prevenido. Cuando existe quiebra única debe aplicarse el mismo criterio, pero para saber que en el tercer Estado no se promoverá juicio de quiebra, deben publicarse los avisos y dejar transcurrir el plazo de sesenta días. La ejecución de los bienes del deudor situados en otros Estados se rige por la ley del lugar de situación (art. 49). En el caso *"Mefima S.A."* el 18/4/1986, el JuzNCom. 4, 7 que había decretado la quiebra de la sociedad dispuso el remate de los bienes de la deudora existentes en Uruguay y la transferencia de los fondos resultantes a Argentina. El juez uruguayo accedió al remate de los bienes pero suspendió la transferencia de los fondos hasta comprobar que no existían acreedores en Uruguay y se trataba de un supuesto de quiebra única.

1544. Los Tratados de Montevideo tienen un sistema de pluralidad de masas, o de preferencia para los acreedores locales respecto de los bienes ubicados en el país donde son pagaderos los créditos. Cuando hay pluralidad de juicios de quiebra, la pluralidad de masas es una consecuencia lógica. Pero en el sistema de los Tratados de Montevideo, incluso cuando hay quiebra única, con el producido de los bienes ubicados en distintos países se forman masas separadas para satisfacer en forma preferente a los acreedores cuyos créditos son pagaderos en el lugar donde se encontraban los bienes realizados. Las masas separadas se forman idealmente en el proyecto de distribución. En el TMDComTI 1940 la pluralidad de masas está expresamente contemplada en el art. 48, segundo párrafo que

fue agregado al artículo respectivo (42) del TMDComI 1889. Se interpreta en el mismo sentido el Tratado de 1889 –que no contiene una norma expresa al respecto– ya que el proyecto de Gonzalo Ramírez (art. 56) establecía claramente el sistema de preferencia de los acreedores locales.

1545. Cuando existe pluralidad de juicios de quiebra, es el juez del domicilio quien tiene jurisdicción internacional para disponer sobre los efectos personales de la quiebra, por ejemplo, si la falencia produce inhabilitación para ejercer el comercio, o para ser director de una sociedad o el tiempo que ha de durar la inhabilitación. El art. 52 del TMDComTI 1940 se refiere a esta cuestión, denominándola medidas de carácter civil. En el Tratado de 1889 (art. 46) se establece que tiene competencia para adoptar las medidas de carácter civil el tribunal en cuya jurisdicción reside el fallido, criterio atributivo que si bien parece diferente al de 1940, pensamos que debe interpretarse como domicilio real, por oposición al domicilio comercial de la persona física.

Hay que entender que las medidas dispuestas por el juez del domicilio (Tratado del 40), producen efectos extraterritoriales en los demás Estados parte, para lo cual se librará exhorto internacional o el síndico se presentará por sí o por medio de representante en los demás Estados. La rehabilitación del fallido es también un efecto personal de la quiebra, o mejor dicho el modo de finalización de los efectos personales de la quiebra, por lo que será resuelta por el juez del domicilio del fallido y producirá efectos extraterritoriales en los demás. Por ese motivo el TMDComTI 1940, no reproduce el art. 47 del Tratado de 1889 que dispone que la rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que se le sigan al deudor, lo que implica que la rehabilitación no se extraterritorializa en el TMDComI 1889.

2. Código Bustamante

1546. El Código Bustamante regula el tema en los arts. 414 a 422. Los sugestivos acápites de "Unidad de la quiebra o concurso" y "Universalidad de la quiebra o concurso y sus efectos", anticipan el sistema de unidad del proceso concursal, con alguna excepción, y de efectos ex-

traterritoriales de la quiebra o concurso, a lo que hay que agregar que no existen normas especiales sobre pago de los acreedores (Caicedo Castilla), lo que implica que el tratamiento de los acreedores es igualitario entre locales y extranjeros, lo que ni siquiera se menciona.

Las reglas del CB se aplican tanto a deudores comerciantes como civiles, ya que se refieren a la quiebra o concurso, y comprenden tanto procesos liquidatorios (quiebra), como procesos preventivos (concordato, suspensión de pagos, quita y espera) (art. 414).

1547. Se atribuye jurisdicción internacional para entender en la quiebra o concurso al juez del domicilio civil o mercantil único, configurándose así la unidad de juicio (art. 414). Si el deudor tiene establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente, los jueces de los respectivos Estados serán competentes (art. 415), lo que implica pluralidad de juicios.

El Código Bustamente adopta el criterio de la universalidad de los procesos concursales, ya que la quiebra y el concurso producen efectos extraterritoriales, tanto en lo que respecta a los efectos personales sobre el deudor, como con relación a los bienes y a las facultades de los síndicos (arts. 416 a 418). Para que los efectos personales –que el CB denomina incapacidad del quebrado o concursado– se hagan efectivos en los demás países, se requiere el cumplimiento de las formalidades de registro o publicación que determine la ley de cada Estado (art. 416). La rehabilitación decretada por el juez competente produce efectos en los demás Estados (art. 422). En cuanto a los efectos patrimoniales del proceso concursal, el art. 417 CB establece que la ejecución de la sentencia de quiebra o concurso, queda sometida a la regulación de las resoluciones judiciales, es decir que está sujeta a reconocimiento como cualquier sentencia extranjera (arts. 423 a 435). Hay que entender que esta norma se refiere a la liquidación de bienes del deudor, que se hará efectiva en los demás Estados una vez reconocida la sentencia. Los síndicos están facultados para ejercer sus atribuciones en los demás países sin necesidad de trámite alguno local (art. 418), como clara consecuencia de la universalidad del proceso colectivo.

Existe una importante limitación a la unidad y a la universalidad, cuando se trata de derechos reales y de acciones reales, ya que se atribuye jurisdicción a los jueces del lugar de situación de las cosas, quienes

aplicarán su propia ley (art. 420). Hay que pensar entonces que los acreedores hipotecarios, prendarios u otros que puedan invocar derechos reales no quedan sujetos ni a la jurisdicción ni a la ley del juez de la quiebra.

1548. Otro efecto de la universalidad es la extraterritorialidad de la retroacción de la quiebra, que se rige por la ley del juez donde tramita y produce efectos en los demás Estados (art. 419). Esta norma que no tiene equivalente en los Tratados de Montevideo, es de suma importancia pues implica la posiblidad de "anular" actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de falencia, o con posterioridad a la misma, no sólo en el Estado que decretó la quiebra, sino también en los demás Estados. El art. 419 CB al referirse a la anulación de los actos, alude a lo que el derecho concursal denomina ineficacia o inoponibilidad a los acreedores de ciertos actos o revocatoria de los actos.

El concordato o acuerdo preventivo o convenio entre el deudor y los acreedores produce también efectos extraterritoriales, con excepción de los acreedores con garantías reales que no lo hubieran aceptado (art. 421).

III. Dimensión auónoma de los sistemas mercosureños

1. Argentina

1549. Las normas argentinas referidas a los concursos y quiebras internacionales están contenidas en la Ley de concursos y quiebras N° 24.522, de 1995 (LCQ): arts. 2.2, 3 y 4, que ha recibido controvertidas reformas por las Leyes N° 25.563 (Ley de emergencia productiva y crediticia, que suspendía las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, de 30/1/2002, *BO*, 15/2/2002) y la aún más reciente N° 25.589 de 15/5/2002 (*BO*, 16/5/2002), que deja sin efecto gran parte de la anterior, producto de una insólita y explícita exigencia del Fondo Monetario Internacional. Ninguna de las leyes dictadas en el año 2002 ha modificado el régimen de quiebra internacional regulado por los artículos mencionados.

1550. La jurisdicción internacional en materia de concursos y quiebras se atribuye en forma general a los jueces del domicilio del deudor de acuerdo al art. 3 LCQ. Si se trata de sociedades, se entiende por domicilio la se-

de social inscripta en el organismo de control –Inspección General de Justicia en la Ciudad de Buenos Aires, Dirección General de Personas Jurídicas en la Provincia de Buenos Aires, etc.– . La norma es más general y se refiere a personas de existencia ideal e indica que entiende el juez del domicilio (art. 3.3 LCQ). La jurisprudencia ha interpretado que domicilio social es la localidad indicada en el contrato social o estatutos, por aplicación del art. 90.3 CC y art. 11.2 de la Ley de sociedades, Ley N° 19.550 de 1972, modificada por Ley N° 22.903 de 1983 (plenario de la CNCom *"Quilpe S.A."*, 31/3/1977 (*LL*, 1977-B-248), aunque no coincida con el lugar donde efectivamente se encuentra la administración o la explotación principal. En el supuesto de sociedades no constituidas regularmente, en primer lugar se atribuye jurisdicción al juez de la sede social y subsidiariamente al del establecimiento o explotación principal (art. 3.4 LCQ).

1551. Cuando el sujeto del concurso es una persona física, tiene jurisdicción el juez del domicilio comercial –sede de la administración de sus negocios– y subsidiariamente el juez del domicilio real, es decir donde la persona reside con su familia (art. 3.1 LCQ). Si el deudor tiene varias administraciones, se considera aquella que corresponda al establecimiento principal y si no pudiera determinarse, se atribuye competencia al juez que comenzó el proceso concursal con anterioridad, esto es, al juez que previno (art. 3.2 LCQ). Si el deudor –persona física o jurídica– *está domiciliado en Argentina, se entiende que la jurisdicción internacional* es exclusiva (Boggiano).

1552. Otro criterio atributivo de jurisdicción internacional en la materia es la existencia de bienes del deudor en Argentina. Cuando el sujeto pasivo del concurso o quiebra está domiciliado en el extranjero, pero posee bienes en Argentina, los tribunales argentinos tienen jurisdicción internacional en forma concurrente con los del domicilio del deudor. (art. 2.2 LCQ). En este caso la quiebra sólo comprende los bienes situados en Argentina.

Se ha discutido si es necesario que el acreedor peticionante de la quiebra acredite que el deudor domiciliado en el extranjero tiene efectivamente bienes en el país o si es suficiente la existencia de una sucursal inscripta en Argentina. En el caso *"Pacesseter Systems Inc."*, 9/6/1994

(*ED*, 159, 59), la CSJN, por mayoría, consideró suficiente la existencia de una sucursal aunque no se había probado la existencia de bienes. El ministro Boggiano, en disidencia, sostuvo que el art. 2.2 de la Ley N° 19.551 (actual art. 2.2 de la Ley N° 24.522) supedita la jurisdicción internacional de los jueces argentinos en materia concursal a la existencia de bienes en el país de la sociedad domiciliada en el extranjero

1553. Rouillon piensa que además de bienes en Argentina, deben existir acreedores locales, para que pueda decretarse la quiebra por aplicación del art. 2.2 LCQ, porque considera que la norma está concebida para proteger a los acreedores cuyos créditos son exigibles en Argentina y cita en apoyo de esta postura el caso *"Austral Bank"*, 26/2/1997 (*Rev. Der. Priv. Com.*, n° 15, 467). Por nuestra parte opinamos que la existencia de bienes como criterio atributivo de jurisdicción internacional se funda en el principio de mayor proximidad y en la circunstancia de que muchos sistemas jurídicos mantienen el criterio de pluralidad de juicios de quiebra. Además, si la quiebra extranjera no produce efectos extraterritoriales en Argentina (art. 4.1 LCQ), ni puede ser causal de apertura de una quiebra en el país cuando lo soliciten acreedores extranjeros o el síndico de la quiebra extranjera, la única posibilidad es atribuir jurisdicción a los tribunales argentinos cuando hay bienes en Argentina, aunque no existan acreedores locales.

En el caso *"Transportadora Coral"*, 9/12/1992 (*ED*, 155, 270), se rechazó la solicitud de concurso preventivo de una sociedad constituida en el extranjero, por entender el tribunal de alzada, al igual que el de primera instancia, pero con dictamen contrario del Fiscal de Cámara, que la peticionaria del concurso carecía de "bienes de capital en el país". El Tribunal sostuvo que a pesar de que los "bienes" podrían estar configurados por un crédito en cabeza del solicitante, cuyo lugar de cumplimiento se encontraría en Argentina, debería rechazarse la solicitud de apertura de concurso si se ha probado una verdadera inexistencia de bienes de capital, la que resulta decisiva a tenor del art. 2312 CC, norma de la cual debe tomarse el concepto "bienes". El fallo mencionado califica bienes existentes en el país por la lex *fori,* ya que recurre al art. 2312 CC, criterio con el que coincide la doctrina que entiende que se trata de la radicación física del bien en el país.

1554. Las reglas atributivas de jurisdicción internacional se aplican tanto a quiebras como a concursos preventivos, dado que la presentación en concurso preventivo constituye un pedido condicional de quiebra y el incumplimiento del acuerdo preventivo o el fracaso de alguna de las etapas anteriores del concurso, implica automáticamente la quiebra (art. 77.1 LCQ). Rouillon, por lo contrario entiende que el art. 2.2 LCQ refiere exclusivamente al caso de quiebra y no al concurso preventivo y considera que en el concurso preventivo, la competencia del juez argentino no deriva de la existencia de bienes en el país, pues basta la constitución de domicilio procesal en Argentina para atribuir jurisdicción, salvo que el juez considerase que se intenta una maniobra de selección irrazonable de la jurisdicción concursal argentina.

1555. No existe una norma expresa en la dimensión autónoma que establezca la ley aplicable a la quiebra, pero puede considerarse pacífica la aplicación de la *lex fori*, salvo en lo que respecta a los créditos, que se rigen por la ley que resulte aplicable a la obligación de que se trate (Romero del Prado y caso *"Arthur Martin"*, JuzNCom 7, 14, 11/9/1989 firme, entre otros). Hay que tener en consideración que el derecho concursal es un derecho bifronte, integrado por normas procesales y por normas de fondo, lo que hace más dificultosa la determinación de la ley aplicable. Mucho más complejo es el tema de la ley aplicable a los privilegios en los procesos concursales. Además de la *lex fori*, pueden resultar aplicables otras leyes, como la *lex rei sitae* (Uzal).

1556. Acreedor extranjero es aquél cuyo crédito es pagadero en el extranjero, independientemente de su nacionalidad, domicilio o residencia. El lugar de pago es el designado en el título de la obligación y puede ser señalado por las partes o por normas legales en ausencia de autonomía o cuando se trata de obligaciones extracontractuales (Boggiano). Cuando el crédito deriva de un contrato del que surgen obligaciones a cargo de ambas partes, hay que tener en cuenta el lugar de cumplimiento de la obligación a cargo del fallido, pues esta es la que el acreedor intenta verificar en la quiebra. Por ejemplo, si una empresa de Brasil vendió mercaderías a una empresa argentina –ahora en quiebra–, no debe considerarse el lugar de entrega de la mercadería –si se pactó una cláusula FOB, CFR o CIF será

en Brasil–, sino analizar el lugar de pago del precio, que es la obligación a cargo del fallido. Si se convino que el precio se pagaría por transferencia a un banco de Brasil, el vendedor será considerado un acreedor extranjero, pero si se acordó una cobranza documentaria, el vendedor será considerado un acreedor local, pues las letras de cambio seguramente establecerán como lugar de pago Argentina, por ser el domicilio del aceptante.

A los efectos de calificar al acreedor como extranjero o local, lugar de pago del crédito es el lugar de pago pactado o debido en la obligación conforme a su naturaleza. Es irrelevante el lugar de pago efectivo, ni el lugar donde pueda ser demandado el cumplimiento de la obligación (Boggiano; caso *"Trading Americas"*, 15/9/1983, *ED*, 105, 565, especialmente considerandos 22 y 23).

La doctrina y la jurisprudencia argentinas utilizaron durante la vigencia de la Ley N° 19.551, a veces el "lugar de demandabilidad" como lugar de pago (Goldschmidt). Se trataba –pensamos– de un modo de suavizar el tratamiento discriminatorio a los acreedores extranjeros que contenía el art. 4 de la Ley de quiebras de 1972, especialmente con la interpretación que se hizo de él a través de la doctrina del caso *"Lital"*, 17/9/1976 (*ED*, 71, 382). La CSJN evitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley N° 19.551, texto de 1972, en el caso *"Banco Europeo para América Latina"*, 8/9/1983 (*LL*, 1983-D, 403), sosteniendo precisamente que lugar de pago era también el lugar donde se podía reclamar el cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca sobre un inmueble ubicado en Argentina. De ese modo el acreedor extranjero fue considerado acreedor local. A partir de la reforma legal de 1983, el lugar de demandabilidad ha sido dejado de lado.

Cuando se han pactado dos lugares de pago alternativos –uno en Argentina y otro en el extranjero–, el acreedor se considera acreedor extranjero. Pensamos que esta interpretación es indudable pues el texto anterior (art. 4.2 de la Ley N° 19.551 de 1972) se refería a los acreedores "cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero" y la reforma de 1983 (Ley N° 22.917 cuyo texto se mantiene hoy en la Ley N° 24.522) eliminó la palabara "exclusivamente".

1557. A partir de 1983 el tratamiento de los acreedores extranjeros difiere totalmente según que "pertenezcan" o no a un concurso extran-

jero. Si el acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero no pertenece a un concurso abierto en el exterior, su crédito podrá ser verificado en la quiebra decretada en Argentina (art. 4.3 LCQ). Se le impone como condición la prueba de la reciprocidad, es decir que acredite que un acreedor cuyo crédito fuera pagadero en Argentina podría hipotéticamente verificar su crédito y cobrar en iguales condiciones en un concurso abierto en el lugar donde es pagadero el crédito.

En cambio, los acreedores que pertenecen a un concurso abierto en el exterior no podrán verificar sus créditos en la quiebra argentina, es decir quedan absolutamente excluidos del proceso concursal local, ya que el art. 4.2 LCQ establece que "los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo". Técnicamente cuando llega a determinarse la existencia de "saldo", la quiebra ha concluido por pago total; si queda un remanente se pagan intereses y el saldo se entrega al deudor (art. 228 LCQ). ¿De qué modo "actuarán sobre el saldo", en forma individual o colectiva? No conocemos ningún caso judicial en el que se haya planteado la cuestión desde 1983. Prácticamente, casi ninguna quiebra concluye en Argentina por pago total, lo habitual es la clausura de los procedimientos por falta de activo o distribución final (arts. 232 y 230 LCQ, respectivamente); a veces concluye por avenimiento (art. 225 LCQ) o por el otorgamiento de carta de pago de los acreedores (art. 229 LCQ).

1558. El sistema de las preferencias nacionales ha desaparecido en la práctica del DIPr argentino autónomo, aunque se mantenga en la letra de la ley en el art. 4.2 LCQ. Los casos que se dan en la práctica, en su gran mayoría, son de quiebra única en Argentina, por lo que se aplica el art. 4.3 LCQ, que permite a los acreedores extranjeros verificar su crédito y cobrarlo del mismo modo que un acreedor local, es decir de acuerdo al privilegio o carácter de quirografario de que gocen. En el caso *"Ventura"*, 17/11/1994, la CNCyCom Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, dijo que "(...) el acreedor individual que no pertenece a ningún concurso formado en el extranjero no sufre postergación en el pago, pudiendo cobrar en iguales condiciones que los demás acreedores, si ha acreditado la reciprocidad prevista en el tercer párrafo del art. 4 de la ley de concursos". El mismo criterio aplicó la CNCom-A el 10/9/1991 en el caso *"Cavifré"* (1991) (Rouillon).

1559. Diametralmente diferente era la situación de los acreedores extranjeros hasta 1983, por la interpretación del art. 4 de la Ley N° 19.551, en base a la doctrina del fallo *"Lital"* del entonces Juez de Comercio Antonio Boggiano, fallo que fue dictado aplicando el art. 7 de la Ley N° 11.719 de 1933. Boggiano sostuvo en *"Lital"* y reiteró luego como Juez de Cámara en el caso *"Trading Americas"* que "(...) sería absurdo establecer que la declaración de quiebra en el extranjero no pueda ser invocada para disputar derechos de los acreedores locales y admitir, por otro lado, que la ausencia de declaración de quiebra sí pueda suprimir la preferencia local de aquellos mismos acreedores".

Como consecuencia de la llamada doctrina "*Lital*", los acreedores extranjeros no podían ser verificados en la quiebra argentina, ni obviamente percibir sus créditos, aunque existiera una única quiebra decretada en Argentina. Desde ya, tampoco podían hacerlo si existía pluralidad de quiebras. La doctrina y la jurisprudencia se dividieron, los planteos de inconstitucionalidad se sucedieron y las presiones internacionales se hicieron sentir, hasta que en 1983 se sancionó la Ley N° 22.917, que hizo desaparecer en la práctica el sistema de las preferencias nacionales.

1560. Sin embargo, la reforma de 1983 introdujo la regla de la reciprocidad, totalmente criticable, no sólo como técnica en DIPr, sino desacertada e inútil como política legislativa. Inútil porque no tendía a satisfacer ningún "interés nacional real", en el momento en que la norma fue sancionada no abundaban los acreedores argentinos que fueran a presentarse en quiebras extranjeras. Desacertada desde nuestro punto de vista porque dificulta la posibilidad de verificar su crédito –que es un modo de dificultar el acceso a la justicia– a los acreedores extranjeros y en este sentido se continúa discriminando entre acreedores locales y extranjeros. Esta imposición de probar el derecho extranjero para satisfacer la "reciprocidad", como condición para que el acreedor extranjero sea verificado, es más dificultosa para las empresas extranjeras medianas; las grandes empresas pueden contratar un abogado especializado que en el breve lapso para pedir verificación pruebe el derecho extranjero para satisfacer la "reciprocidad" desde 1995. Los acreedores cuyos créditos gozan de garantía real –hipoteca, prenda, *warrant*– están eximidos de acreditar la reciprocidad. En el caso

"José Minetti" el JuzCyCom 7° Nom. Córdoba aplicó el 25/10/1996 esta excepción, respecto de un crédito extranjero garantizado con *warrants*, quien invocó privilegio especial.

La regla de la reciprocidad impone la prueba del derecho extranjero, que es más dificultosa cuando el derecho del lugar de pago del crédito no discrimina entre acreedores locales y extranjeros, pues lo más probable es que no exista una norma legal que diga que tienen igual tratamiento. Las características del proceso de verificación de crédito –especialmente cuando se trata de verificación en término–, requieren que la prueba del derecho extranjero se presente en forma documental. Textos legales certificados en cuanto a autenticidad y vigencia, dictámenes de abogados o notarios resultan apropiados para acreditar que el derecho extranjero no discrimina entre acreedores extranjeros y locales. Hay que descartar la designación de peritos en derecho extranjero y los pedidos de informes ya sean a Embajadas o autoridades centrales, pues no existe posibilidad de producir prueba al solicitar la verificación al síndico (art. 200 LCQ). En los siguientes casos se ha considerado probada la reciprocidad: *"Cacace"*, CNCom-B, 22/8/1990) *"Cavifré S.A"* (1991), *"D'Angelo"*, JuzCyCom 1° Nom. Rosario, 11/12/1987), *"Massey Ferguson S.A."*, JuzCyCom 13° Nom. Rosario, 26/2/1996, *"Arthur Martin SA"* (1989). En los casos *"Minetti"* (1996) y *"Banco Feigin"*, JuzCyCom 7° Com. Córdoba, 31/3/1999, se sostuvo la aplicación de oficio, como regla general en el DIPr argentino convencional y autónomo. Otros fallos y autores entienden que es una carga que se impone al acreedor necesariamente como condición para la verificación. En el caso *"Banco Feigin"* (1999) se agregó que si uno de los acreedores ha probado la reciprocidad, los demás acreedores cuyos créditos son pagaderos en ese mismo país, deben verse beneficiados con esa acreditación.

1561. El art. 4 de la Ley N° 24.522, al igual que el art. 4 de la Ley N° 19.551, tanto en su texto originario de 1972, como en la reforma de 1983, introducida por la Ley N° 22.917, sólo es aplicable a las quiebras y no a los concursos preventivos (Alberti, Cámara, Goldschmidt, Kaller de Orchansky, Quintana Ferreyra) aunque otros autores sostienen lo contrario (Alegría, Rouillon). En el caso *"Kestner S.A."*, 19/4/1983 (*LL*, 1983-B, 726), la CNCom-A, dijo que en el art. 4 de la Ley N° 19.551, la

palabra "concurso" se refiere a la quiebra. Ello se deduce porque la apertura del concurso a pedido de acreedor sólo puede ser por quiebra (art. 84, Ley N° 19.551). Además, en su última parte el artículo citado hace mención al "remanente" y éste sólo puede existir en la quiebra (art. 228 Ley N° 19.551). Las razones dadas por el fallo para declarar inaplicable el art. 4 de la Ley 19.551 (texto de 1972) a los concursos preventivos, se mantienen vigentes con la reforma de las Leyes N^{os} 22.917 y 24.522.

Hoy el art. 4 de la Ley N° 24.522, con mayor precisión técnica alude al saldo en vez de al remanente (art. 228 de la Ley N° 24.522), pero la razón es la misma que inspiró el caso *"Kestner S.A."*, porque en situación de concurso preventivo no existe ni saldo ni remanente, porque los bienes no se liquidan, sino que el deudor cumple el acuerdo preventivo aprobado por los acreedores. Además, en el derecho concursal argentino vigente, se mantiene la quiebra como único proceso colectivo que puede ser pedido por un acreedor (art. 77), ya que para la solicitud de concurso preventivo el único legitimado es el deudor (art. 5).

Los tribunales de primera instancia están divididos en esta cuestión y los fallos de Cámara son escasos. Entre otros casos en que no se ha aplicado el art. 4 LCQ al concurso preventivo, es decir que se han verificado créditos pagaderos en el extranjero, sin que se invocara ni probara el derecho del país respectivo podemos mencionar *"Elastar S.A. por Bettcher Industrie, Inc."*, 20/5/1991 (*Case Law on Incitral Texts CLOUT*, 21), *"Arthur Martin S.A., por Sociedad Manufacturera de Electroartefactos S.A"*, 11/9/1989, *"Arthur Martin S.A., por Banco Andino S.A."*, 3/5/1989, ambas del JuzNCom. 7, 14 de Buenos Aires. En estos dos últimos casos se exigió la prueba de la reciprocidad al acreedor extranjero, recién cuando se decretó la quiebra de la deudora. En cambio, han considerado aplicable la llamada regla de reciprocidad en el concurso preventivo los fallos *"Altarpec S.A."*, Tercer JuzProcConcyRegistros, 1° Circ. Mendoza, 2/3/1999 y *"Banco Ambrosiano"*, 29/3/1983 (*LL*, 1983-B, 727), entre otros.

1562. Rouillon señala que el contraste entre la tónica no discriminatoria de la jurisprudencia posterior a 1983 y los fallos chauvinistas de la anterior década puede advertirse, por ejemplo, en los casos *"Clement"*, CNCyCom San Isidro, Buenos Aires, sala 2, 4/3/1993, *"Ventura"* (1994),

"Matadero y Frigorífico Antártico", 11/5/1994 (*ED*, 161, 458) y *"Luis de Ridder"*, 9/6/1994 (*JA*, 1995-I, 646). En este último caso, la CSJN sostuvo que la presentación de la Corona Británica en jurisdicción argentina en ejercicio de los derechos del acreedor a quien sucede singularmente –con fundamento en el derecho extranjero aplicable– no violenta el espíritu de la ley argentina (art. 14.2 CC) ni la voluntad del legislador expresada positivamente en el segundo párrafo del art. 111 de la Ley de sociedades N° 19.550.

1563. El sistema autónomo de DIPr ha negado efectos extraterritoriales a la quiebra declarada en el extranjero. Tanto el art. 4, primer párrafo, de la Ley N° 24.522, como sus antecedentes constituyen un fuerte obstáculo para reconocer la quiebra extranjera y la autoridad del síndico:

> "(...) sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado".

En el caso *"Panair do Brasil S.A."*, 18/11/1970 (*LL*, 143, 146)), se planteó la cuestión como consecuencia de la declaración de quiebra en Brasil a la empresa *Panair do Brasil S.A.* y el libramiento de un exhorto a Argentina, con la finalidad de que se liquidaran los bienes de la sucursal de Buenos Aires. A tal efecto el magistrado extranjero aprobó la designación efectuada por el síndico de la quiebra, de una persona para que actuara en Argentina en su representación y la de la masa, con facultades de realizar las publicaciones correspondientes a los acreedores que pudieren existir, entre otros trámites necesarios. La Cámara confirmó el fallo de primera instancia que denegó la posibilidad de que la persona designada se hiciera cargo de la sindicatura, dada la inoponibilidad de la quiebra extranjera, respecto de los acreedores que la fallida tuviera en la República (art. 7 Ley N° 11.719) y que, por otra parte, la existencia o no de acreedores en la República debía surgir de un debido proceso y no de las manifestaciones del recurrente. El caso llega a la Corte, habiendo invoca-

do la apelante la existencia de un Tratado con Brasil sobre cartas rogatorias de 1880 (Ley N° 1052). El Procurador General de la Nación expresó que del texto del tratado con Brasil no surgían las facultades que pretendía ejercer el apelante, ya que las normas del tratado referían en general a medidas de prueba. Agregó que el apelante no podía ejercer la sindicatura de la quiebra en el país, porque eso llevaría a despojar al juez argentino de la facultad que le confería el art. 89 de la Ley N° 11.719 (nombramiento de síndico previo sorteo) "en lo cual está interesado el orden público". Por tanto dictamina confirmar el fallo de la Cámara. El fallo de la Corte confirma la sentencia recurrida, siguiendo los argumentos del Procurador General, con expresa mención del carácter de funcionario que reviste el síndico en nuestro ordenamiento jurídico, con lo que de haberse aceptado el planteo del recurrente se habría violado el orden público interno. En síntesis, la sentencia basó la desestimación del cumplimiento del exhorto en la inoponibilidad de la quiebra pronunciada en país extranjero, respecto de los acreedores que la fallida tenga en la República y en la inexcusable necesidad de determinar la situación de los mismos.

1564. Antes de *"Panair"*, Kaller de Orchansky menciona un viejo caso en el cual se decidió que "la declaración de falencia en país extranjero no es ejecutiva en el Estado" (*Fallos*, vol. I, t. 6, p. 252), y también recuerda otro caso de la Cámara de Comercio de la Capital del 31 de mayo de 1944, que constituiría una excepción al anterior por haber rechazado un pedido de exequátur de una sentencia dictada en Chile (en un juicio individual) al estar pendiente en dicho país un juicio de quiebra contra el mismo deudor, reconociendo de este modo el efecto extraterritorial –fuero de atracción, en el caso– de la sentencia chilena de quiebra (Rouillon).

Según Smith,

> "(...) los acreedores de un concurso extranjero no podrían, por ejemplo, discutir privilegio alguno a un acreedor local; ni podrían plantear la nulidad de los actos celebrados entre el deudor y los acreedores locales antes de la promoción del concurso argentino, aun cuando pretendieran fundarse en la circunstancia de que dichos actos fueron celebrados en período de sospecha –pues esta acción sólo corresponde a los acreedores locales–; ni, mucho menos, podrían impugnar la validez de un acuerdo o concordato preventivo ya aceptado por los acreedores locales".

En jurisprudencia se ha sostenido que:

> "(...) por la carencia de efectos extraterritoriales de la sentencia de quiebra dictada en el extranjero, no pesa sobre la fallida interdicción alguna de pagar a sus acreedores en la Argentina. Puede pagar sus deudas en la República, siempre en base a la estricta territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera, que no extiende sus efectos a la jurisdicción nacional para anular los actos que hayan celebrado con el fallido los acreedores que éste tenga en la República" (del fallo de Primera Instancia en *"Panair"*).

1565. El art. 4, primera parte de la ley concursal dispone que la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Hay que descartar los supuestos en que los tribunales argentinos tengan jurisdicción exclusiva, es decir cuando el deudor está domiciliado en Argentina. En cambio, si existe jurisdicción concurrente, la declaración de quiebra en el extranjero podrá ser causal de apertura del concurso en el país. No se trata estrictamente de extraterritorialidad de la quiebra extranjera, sino que lo que se extraterritorializa es el hecho generador de la quiebra –cesación de pagos o insolvencia–. Por lo tanto, la quiebra será declarada en Argentina, aun cuando el deudor probara que no se encuentra en cesación de pagos.

Cualquier acreedor, sea local o extranjero, puede pedir la quiebra del deudor, si acredita los presupuestos de la quiebra, en particular el estado de cesación de pagos, que en la práctica se demuestra a través del incumplimiento de una obligación (art. 79.2 LCQ). Algunas veces se ha confundido esta situación, con la utilización de la quiebra declarada en el extranjero, como causal de apertura de la quiebra en Argentina, para lo cual solamente están legitimados los acreedores locales o el deudor. La cuestión se planteó en los casos *"Vicario"*, 12/8/1975 (*JA*, 1976-I, 551) y *"Sager"*, JuzCyCom 1° Nom., Santa Fe, 26/3/1986.

1566. ¿Puede predecirse cómo actuarían los jueces argentinos frente al reclamo de un concurso extranjero respecto de los bienes ubicados en Argentina? Pensamos que tienen razón los autores que han sostenido que no hay inconveniente en que esos bienes se entreguen al concurso extranje-

ro, íntegramente, cuando se los solicite y siempre que no existan acreedores locales (Goldschmidt, Rouillon; en contra Smith). Claro que, como bien lo advierte Rouillon, uno de los principales problemas que habría que resolver es qué procedimiento habría que adoptar para llegar a la conclusión de que no existen acreedores locales. Pensamos que la manera apropiada sería declarar la quiebra en Argentina, por aplicación analógica del art. 4, primer párrafo, primera parte, con la finalidad de fijar plazo de verificación, citar por edictos a los eventuales acreedores y si vencido el plazo no se presentaran acreedores locales o fueran declarados inadmisibles los créditos de los que se insinuaran, transcurrido el plazo de interposición del recurso de revisión (art. 37), en vez de declarar la conclusión de la quiebra por falta de acreedores (art. 229, segundo párrafo), disponer que el producido de la liquidación de los bienes se transfiera a la quiebra extranjera.

Bajo el régimen de la Ley de quiebras N° 11.719 de 1933 (art. 7) con claridad se sostuvo que:

> "(...) si existen tan sólo bienes en la República, éstos integran la masa de concurso extranjero, y son puestos a disposición del juez de la quiebra extranjera. La solución es idéntica a la del supuesto en que habiendo sido satisfechos los créditos locales resultare un sobrante. En la práctica es igual que no existan créditos locales porque nunca los hubo, o porque, habiendo existido, ya han sido pagados. No existiendo créditos locales que amparar, los bienes existentes en el país son tratados como remanentes de un juicio de quiebra local" (Kaller de Orchansky).

La única regla legal de reconocimiento expreso, en la Argentina, de los síndicos de la quiebra extranjera, existió en el CCom de 1859 (1862), cuyo artículo 1531 –luego de establecer que los acreedores pertenecientes al concurso extranjero sólo serían tenidos en consideración, después de pagados los acreedores locales, si resultare sobrante–, decía: "a ese respecto, se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado, con los síndicos del concurso extranjero". Este párrafo fue derogado en 1889 y nunca se reimplantó en las sucesivas legislaciones concursales (Rouillon).

Hoy en día, por lo contrario, los sistemas contemporáneos de comunicación y la manera como se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras –cuando miles de millones de dólares se mueven elec-

trónicamente de un punto a otro del planeta cada jornada– la norma ha perdido razón de ser, tornándose anacrónica e ineficiente (Rouillon). Hace un cuarto de siglo, Nadelmann sostuvo que nuestro sistema de prevalencia de los acreedores "locales" no respondía a las condiciones económicas ya entonces vigentes, en especial a la falta de estabilidad respecto de la situación de los bienes. Para él, "la regla argentina" sólo podría tener vigor mientras el resto del mundo se desinteresara de nuestra situación, ya que si en el exterior se decidiera someter los créditos argentinos a la misma regla, el mecanismo se volvería contra quien lo instauró. Ya en 1973 vaticinó que el sistema no sobreviviría la prueba mucho tiempo, y propició su reemplazo por una "cláusula de reciprocidad".

2. Brasil

1567. La quiebra es regulada en Brasil por el Dec. Leg. N° 7661/1945 (Ley de quiebras (LQ), publicada en el *DOU* el 15/3/1974), con pocas modificaciones al día de la fecha. Es importante destacar primero las limitaciones subjetivas del instituto en Brasil. Según la interpretación corriente de la doctrina, solamente los comerciantes se someten al procedimiento concursal, sean persona física o jurídica, entendiendo así a aquellos que practican profesionalmente el comercio. Es de notar que la definición del concepto de comerciante es problema de amplia controversia, especialmente en el ámbito académico. Las dificultades doctrinales no se reflejan todavía, en el día a día de las cortes judiciales con la misma intensidad, ya que las situaciones límites pensadas abstractamente son raras en la práctica. Para los no sujetos al procedimiento concursal el ordenamiento jurídico brasileño prevé el proceso de insolvencia civil, regulado en los arts. 748 a 786, del CPC (Ley N° 5869, de 11/1/1973).

1568. La cuestión de DIPr ha de ser enfrentada contraponiendo, como hace Rubens Requião, los dos sistemas de construcción de la solución legislativa para el problema: 1) el de la unidad o universalidad; y 2) el de la territorialidad. La constatación del jurista revela la visión de que el legislador brasileño adoptó la universalidad como guía en la construcción legislativa de ámbito interno, a ejemplo de muchos ordena-

mientos jurídicos; pero como fruto de la noción de soberanía absoluta, comprende el problema de las relaciones con otros países en el tema de la quiebra bajo la óptica del sistema de la territorialidad:

> "(...) en verdad, la ley brasileña no consagró la unidad y universalidad del juicio de quiebra, en relación a los países extranjeros como sostuvo el profesor Andrade. Desde que se admita la no extensión de los efectos de la sentencia declarativa de la quiebra por juez en el extranjero al establecimiento situado en Brasil, en nuestro entender prevalece, en el plano internacional privado, el sistema de la territorialidad. La unidad y universalidad del procedimiento concursal se limita, por lo tanto, a los efectos internos de la sentencia declarativa de quiebra, cuando es dictada por un juez brasileño al empresario domiciliado en Brasil".

Del art. 7 LQ resulta que el domicilio es el principal criterio atributivo de la competencia internacional. Si el fallido tiene su principal establecimiento en Brasil, el juez de este país tendrá jurisdicción internacional. La existencia en Brasil de una filial –entendida como representación permanente de una persona jurídica constituida en el extranjero– otorga también jurisdicción a los tribunales locales. El legislador ha optado por reservar para sí el poder de examinar las condiciones económicas de la rama nacional del comerciante extranjero, independientemente de la situación económica o jurídica de la matriz. Es evidente la asunción del principio de la territorialidad con respecto al comerciante cuya actividad está diseminada internacionalmente.

Conforme dispone el párr. 2, del art. 7 LQ, una vez instaurado el juez de la quiebra se torna competente para conocer de todas las causas en que versen reclamaciones sobre bienes, intereses y negocios de la masa fallida. El juicio universal no es, sin embargo, absoluto. En el ámbito del ordenamiento jurídico interno ya se conocen excepciones, como por ejemplo las acciones realizadas por el fallido contra terceros, y que no tengan disciplina específica, las ejecuciones cuya subasta pública ya esté fijada, y las ejecuciones fiscales (Ley N° 6830/1980, art. 5).

1569. Es posible, no obstante, establecer un primer punto de referencia, denotando la afirmación de que el principio de universalidad de la quiebra solamente se aplicará si el fallido tuviere domicilio en Brasil. A

partir de esa afirmación, dos hipótesis pueden ser realizadas. Siendo el fallido el demandado, la acción debe ser propuesta ante el juicio universal, para que se pueda ejecutar el eventual resultado condenatorio, habilitándolo ante la masa fallida. Mas si el fallido fuere demandante, la acción puede ser juzgada en el foro derivado de las reglas pertinentes, a la vista de lo que indica el párr. 3, del art. 7 LQ. Cualquier activo de ahí resultante habrá de entregarse a la masa para su distribución según el orden de los créditos establecido.

La territorialidad imperará, no obstante, en los casos de fallido con domicilios en distintos países. Cada uno de los Estados soberanos en que hubiere domicilio examinará, mediante petición adecuada, las condiciones de los establecimientos situados en su territorio, declarando o no la quiebra. Los resultados y los efectos de esas declaraciones repercutirán en el contrato. Si el juicio es universal, a él deben someterse las partes, con el fin de dirimir la controversia. Si se da la territorialidad por cualquier idiosincrasia del sistema, pueden las partes ampararse en el foro resultante de las reglas generales, o en la *vis* atractiva del foro de la quiebra.

1570. Si tomamos la visión brasileña del problema, es posible identificar la preponderancia del principio de la universalidad en la solución adoptada por el legislador patrio. Si por un lado, en el ámbito interno afirma la universalidad (párr. 2, art. 7 LQ), extendiendo los efectos de su jurisdicción a los bienes del fallido domiciliado en Brasil, por otro lado no rechaza su competencia en cuanto a las filiales del fallido domiciliado en el exterior (art. 7 LQ).

En lo que respecta a las decisiones provenientes del exterior, Wilson de Souza Campos Batalha resume esas dos ideas en dos principios: a) tiene competencia internacional el juez del lugar en que estuviere situado el establecimiento del comerciante o sociedad mercantil principal conforme al principio de la unidad y universalidad de la quiebra; b) es competente el juez del lugar en que esté situada la filial, sucursal, agencia o establecimiento del comerciante o de la sociedad mercantil extranjera autorizada a funcionar en la República, en los términos de art. 11 LICC (en tales casos, rige el principio de la territorialidad de la quiebra).

1571. La jurisprudencia brasileña viene reconociendo la posibilidad de eficacia de la sentencia extranjera de la declaración de quiebra, sujeta al procedimiento de homologación (CF1998, art. 102.I.h). Tales hipótesis corresponden a la situación del fallido con sede en el extranjero, y que allí sea declarada judicialmente su quiebra. Los efectos de la quiebra así declarada pueden alcanzar toda la vida y los bienes del comerciante en Brasil, mediante homologación de la sentencia de quiebra (STF, Ag. 171.079/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 24/91999, p. 57). Vale destacar la sujeción de la homologación a los requisitos del juicio de deliberación propio de la internalización de las decisiones judiciales extranjeras, exigiéndose que no ofenda la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres (Reglamento Interno STF, art. 216), o aun que disponga con materia reservada la competencia exclusiva, como el caso de bienes inmuebles (CPC, art. 89; STF, SE 2492, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 14/5/1981, p. 4341; TJRS, AC 590072161, Rel. Des. João Pedro Pires Freire, Jurisprudencia TJRS 1994, 1-1/11). De esos precedentes también se verifica la imposibilidad de homologación de acuerdos de acreedores (procedimiento admisible en ciertos países como los Estados Unidos de América) para su eficacia en Brasil.

3. Paraguay

1572. En el Paraguay la Ley N° 154/1969 de quiebras que entró a regir el 1°/4/1970, se ocupa de las quiebras y las convocatorias de acreedores, en la cual el presupuesto esencial es la insolvencia y otros hechos reveladores del estado de insolvencia. De acuerdo al art. 1 de esta ley,

> "(...) la declaración de quiebra presupone el estado de insolvencia del deudor. El estado de insolvencia se manifiesta por uno o más incumplimientos u otros hechos exteriores que al criterio del juez demuestren la impotencia patrimonial para cumplir regularmente las deudas a su vencimiento, sin consideración al carácter de las mismas".

En el régimen jurídico paraguayo, la misma ley establece el procedimiento de quiebras y convocatoria de acreedores, tanto del deudor co-

merciante como del no comerciante, considerándose con mayor rigor a este último, que se supone posee mayor capacidad en el manejo o administración de sus bienes.

La convocación de acreedores, de conformidad al art. 9 de esta ley, impone que "todo deudor comerciante que haya llegado al estado de insolvencia, debe presentarse ante el juzgado competente pidiendo la convocación de sus acreedores o su quiebra. El pedido de convocación de acreedores lleva implícito el de la quiebra".

1573. Con relación al régimen internacional dos sistemas tradicionales, el territorialista y el extraterritorialista, se disputan las soluciones posibles; el primero, rechaza la posibilidad de que la quiebra afecte al patrimonio de la persona física o jurídica en el territorio respectivo, y en el segundo, los efectos de la quiebra producida en el extranjero son extendidos a todos los Estados en que posea bienes, deudas o créditos, considerando al patrimonio como una unidad, independientemente de la ubicación de los bienes y de la calidad nacional o extranjera de los créditos.

En el sistema internacional previsto en la ley, ante la posibilidad de bienes en otros Estados, o relacionado con los efectos de la quiebra o convocatoria extranjera con relación a la persona y bienes en la República, el art. 8 dispone: "la declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido". Declarada también la quiebra por los tribunales de la República no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un remanente.

1574. El art. 90 LQ señala la sumisión de los acreedores extranjeros y la de los créditos extranjeros al régimen y procedimiento local, indicando que:

> "(...) las obligaciones concertadas en el extranjero en moneda distinta a la nacional, se convertirán con respecto de la masa a moneda de curso

legal y al tipo de cambio que regía a la fecha del auto declarativo de quiebra. Si las obligaciones no fueren de dar sumas de dinero, los acreedores participan en el juicio por el valor en dinero que el juez, en procedimiento sumario, asigne a su crédito".

1575. Conforme lo señala Luis María Argaña, la redacción de nuestro actual art. 8 es similar a la de los artículos correlativos de la legislación argentina anterior ya que resuelve el problema en la misma forma y en los mismos términos. El sistema adoptado por el régimen jurídico del Paraguay a través del art. 8 LQ, indica la adopción del sistema de la pluralidad de quiebras. El citado Argaña, expresa: "a pesar de ser más científico el sistema de la unidad, el derecho positivo de casi todos los países consagra normas similares a nuestro art. 8", en "defensa del comercio exterior y como garantía para los acreedores que el fallido tenga en el país" (García Martínez).

Haciendo la exégesis de nuestro art. 8, podemos decir que siendo juez competente para la declaración de quiebra el del domicilio del deudor o el de donde éste tuviese su negocio o su sede social (art. 176) es ahí donde se declarará su quiebra, sin que la quiebra declarada en el extranjero pueda tener ninguna influencia ni sobre los bienes ni sobre la persona del fallido. Los acreedores cuyos créditos deben ser satisfechos en el extranjero no podrán disputarles, a los acreedores locales, derechos sobre los bienes existentes en la República, ni podrán invocar la quiebra declarada en el extranjero para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. O sea que la quiebra declarada en el extranjero no tiene ningún efecto en el país, salvo el previsto en la última parte del art. 8. Es decir, cuando pagados íntegramente los acreedores de la República resultase un remanente, se tendrán en cuenta a los acreedores del concurso formado en el extranjero. Todo esto salvo la eventual aplicación de un texto internacional como, en nuestro caso, los Tratados de Montevideo (Argaña).

Según Horacio Lebrón, dos son las situaciones especiales que contempla el artículo:

– *Quiebra extranjera-acreedores locales:* la quiebra declarada en país extranjero surte, en principio, pleno efecto en la República (principio de la unidad de la quiebra), salvo en los siguientes aspectos: no se podrá in-

vocar contra los acreedores locales para disputarles sus derechos sobre bienes existentes dentro del territorio nacional. Tales derechos no podrán ser discutidos por los acreedores de la quiebra declarada en país extranjero; no se podrán ejercer contra los acreedores locales las acciones revocatorias del período de sospecha (arts. 124, 125, 126, 127 y 30).

– *Quiebra local-acreedores extranjeros:* en el caso de quiebra declarada en la República, los acreedores pertenecientes a la quiebra declarada en país extranjero no podrán ejercer sus derechos sino en caso de que resultare un remanente en la liquidación, en lo que puede interpretarse también como una especie de super-privilegio a favor de los acreedores locales.

4. Uruguay

1576. El régimen vigente es el establecido en el CCom, que dispone en su art. 1577 que:

> "(...) la declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles sus derechos sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. Declarada también la quiebra por los Tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un sobrante".

La norma está tomada del CCom argentino de 1862 (art. 1531) con excepción del último párrafo sobre reconocimiento de la autoridad de los síndicos extranjeros, que se transcribe en 32.III.1, que no fue incluido por la legislación uruguaya. Como la norma casi idéntica al art. 1577 del CCom de Uruguay, se mantuvo vigente en la legislación argentina hasta 1972 (art. 1385 del CCom de 1889 y art. 7 de la Ley N° 11.719, de 1933), las interpretaciones de la doctrina y jurisprudencia argentinas sobre la ausencia de efectos extraterritoriales de la quiebra extranjera, son aplicables en Uruguay. Es decir que no se le reconoce efectos en el país a la declaración de quiebra pronunciada en el extranjero.

Se opta así por un sistema territorial, plural, tendente a proteger a los acreedores locales frente a los extranjeros, ya que la sentencia de quiebra dictada en el extranjero no puede oponérseles "ni para disputarles derechos sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido" (art. 1577). Es decir que los contratos que el acreedor uruguayo hubiera celebrado con una persona fallida en el extranjero, no quedan sometidos a los efectos de la quiebra extranjera, por ejemplo no pueden ser declarados ineficaces o inoponibles a la masa de acreedores y los bienes situados en el país no integran la masa activa de la quiebra extranjera.

1577. La declaración de quiebra en el extranjero no produce la declaración de quiebra automática en el país, ni siquiera a pedido de los acreedores locales o del deudor, a diferencia del sistema argentino que desde 1972 sí establece la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra (art. 4.1 LCQ). Los acreedores del concurso extranjero podrían optar por perseguir los bienes existentes en Uruguay mediante acciones individuales o solicitar la declaración de quiebra en el país, siempre que se cumplan los presupuestos exigidos por el derecho local, es decir no existe extraterritorialidad del estado de cesación de pagos o de insolvencia. Claro que si se decreta también la quiebra en Uruguay, los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero no podrán verificar sus créditos en la quiebra uruguaya, es decir quedan absolutamente excluidos del proceso concursal local, ya que el art. 1577 CCom establece que solamente serán tenidos en consideración si resultare un sobrante y técnicamente cuando queda un "sobrante", la quiebra ha concluido por pago total.

Si bien este sistema fue pensado para la quiebra de los comerciantes individuales, la doctrina uruguaya ha interpretado que las normas sobre quiebras deberán aplicarse a las sociedades, salvo que las mismas contravengan la naturaleza jurídica de la sociedad en cuestión, o que contradigan alguna norma específica sobre quiebra de sociedades. La quiebra de una sociedad comercial provoca la quiebra refleja de los socios solidarios y es causal de disolución de la sociedad, además de los efectos que normalmente produce con respecto al comerciante individual: desapoderamiento, limitaciones de capacidad y detención de la correspondencia (Rippe y otros).

1578. Con respecto a las sociedades anónimas, su liquidación judicial, disolución y liquidación privada, concordato preventivo y responsabilidad civil y penal de sus directores ha sido regulada por la Ley N° 2230 del 2/6/1893, la cual sólo admite la aplicación supletoria de las normas referidas a quiebras, y esto con excepción de las disposiciones sobre la persona del fallido y calificación de su conducta comercial. Con respecto a la liquidación de bancos y otras empresas de intermediación financiera, el art. 41 de la Ley N° 16.327 del 11/11/1992 establece que el Banco Central del Uruguay será el liquidador, en sede administrativa, y que a tales efectos determinará las empresas que se consideran colaterales (Rippe y otros).

La quiebra es, en el derecho uruguayo, un instituto aplicable sólo a los comerciantes (arts. 1 y 1572 CCom y 452 CGP), ya sea éste individual o colectivo. A los civiles en cesación de pagos se les aplica el instituto del concurso (arts. 452 a 471 del CGP), manteniéndose así, en principio, el régimen clásico de normas concursales diferentes para comerciantes y civiles. Existen no obstante excepciones a este principio: a) el concordato (arts. 1523 CCom y 453 CGP); b) la quiebra de los socios de las sociedades personales (colectivas, capital e industria, comandita simple), denominada quiebra refleja, que implica necesariamente la quiebra de los socios responsables por las deudas sociales, los cuales no necesariamente son comerciantes; c) la quiebra del comerciante fallecido en estado de cesación de pagos, siempre que ésta se solicite dentro del plazo de un año del fallecimiento (art. 1573 CCom); d) la quiebra del comerciante retirado, siempre que la cesación de pagos se haya producido mientras aún ejercía el comercio y que la quiebra se solicite dentro de los seis meses de la clausura de los negocios (Rippe y otros).

1579. Frente a las insuficiencias del sistema vigente, Olivera García ha elaborado un anteproyecto de ley de concursos que fue puesto a consideración del Parlamento, cuyo Título XIII refiere al régimen internacional del concurso. Reconoce a texto expreso que las disposiciones de dicho Título "(...) serán de aplicación en defecto y en cuanto no se opongan a las de los convenios internacionales suscritos y ratificados por la República" (art. 241). La aplicación de la normativa de fuente interna en defecto de convenios internacionales ratificados es de principio y se encuentra consagrado en otras normas convencionales

(art. 1.2 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados) y de fuente interna (arts. 13 y 524 CGP) vigentes en el país. Con respecto a la frase "(...) en cuanto no se opongan a las [disposiciones] de convenios internacionales suscritos y ratificados por la República", hay que aclarar que no necesariamente las soluciones del DIPr autónomo –destinado a aplicarse en aquellos casos que involucran Estados con los cuales no existe tratado sobre la materia– deben ser iguales a las alcanzadas a través de tratados. Estas últimas son muchas veces producto de acuerdos o transacciones entre Estados entre los cuales existe un mayor trafico jurídico, así como una mayor comunidad de principios jurídicos.

1580. El anteproyecto de ley establece la competencia de los jueces uruguayos para declarar el concurso en dos hipótesis: cuando "el domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio nacional", y cuando "el deudor tenga o haya tenido oficina, establecimiento o explotación en el territorio nacional, aun cuando su domicilio o centro efectivo de actividad se encuentre en el exterior" (art. 233). Con respecto a la ley aplicable al concurso, el art. 235 establece, a través de una norma unilateral, que "la ley uruguaya será la aplicable a todos los concursos declarados en la República, con excepción de las normas relativas a los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos celebrados por el deudor que se regirán por la ley aplicable al contrato".

La excepción a la aplicación de la *lex fori* para regir la quiebra propuesta por el proyectado art. 235 *in fine* no parece la más adecuada, ya que precisamente los efectos del concurso o quiebra sobre las obligaciones contraídas por el deudor y en particular sobre los contratos que éste hubiere celebrado tienen que quedar sujetas a la *lex fori*, porque no sería conveniente que un mismo tipo de contrato se resolviera porque se aplica el derecho X y otro contrato del mismo tipo, porque tiene cumplimiento en otro país, no se resuelva porque se aplica el derecho Z. La quiebra y el concurso generan un régimen que modifica el sistema de los contratos y las obligaciones; esas modificaciones tienen que ser las mismas para todos los acreedores, aunque cada obligación se rija por su propia ley.

Sí sería adecuado establecer como excepción a la *lex fori* para regir la quiebra, que las obligaciones cuya verificación se solicita se rijan por la ley que resulte aplicable, según las normas indirectas correspondientes, según sean éstas calificadas como contratos, responsabilidad extracontractual, obligación legal, etcétera.

Bibliografía complementaria

ABRÃO, N., *O Novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*, San Pablo, RT, 1985; ALBERTI, E.M., "¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551, a todos los concursos o solamente a las quiebras?", *LL*, 1981-A-768; ALEGRÍA, H., "Extraterritorialidad de los concursos", *LyE*, 1987, p. 41; ALFONSÍN, Q., *Quiebras. La doctrina de Montevideo y los Tratados de 1889 y 1940,* Montevideo, 1943; ARGAÑA, L.A., "Informe sobre el Tratado de derecho comercial terrestre", en *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1940, pp. 200-232; BATALHA, W. de S.C. / BATALHA, S.M.L. de, *Falências e concordatas*, 3ª ed., San Pablo, LTr, 1999; BIDART CAMPOS, G.J., "El art. 4 de la Ley de concursos y la Constitución", *ED*, 104-1018; BIDART CAMPOS, G.J., "La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior", *ED*, 105-593; BIDART CAMPOS, G.J., "El proceso concursal de deudores domiciliados en el exterior que no tienen bienes en territorio argentino", *ED*, 159-59; CÁMARA, H., "El crédito con garantía real sobre bienes en el país pagadero en el extranjero, ¿es despojado del privilegio especial si el deudor es concursado?, *RDCO*, 1982, pp. 567-580; CICHERO, L.E. / MATOZZI, L., "MERCOSUR: requisitos formales y sustanciales para la presentación en concurso preventivo", *RDM*, N° 1, 1998, pp. 127-134; CICHERO, L.E. / MATOZZI, L., "Efectos de la apertura del concurso preventivo en los países del MERCOSUR", *RDM*, N° 4, 1998, pp. 112-121; ESPLUGUES MOTA, C., *La quiebra internacional*, Barcelona, Bosch, 1993; ESPLUGUES MOTA, C., "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", *Cuadernos de derecho y comercio*, N° 27, 1998; GARCÍA MARTÍNEZ, R. / GARCÍA MARTÍNEZ, R. (h), "El régimen internacional del concurso en la ley 24.522 y la reforma constitucional de 1994", *JA*, 29/11/1995, pp. 6-10; GOLDSCHMIDT, W., "El artículo 4 de la ley 19.551", *ED*, 100-853; KALLER DE ORCHANSKY, B., "Régimen de la quiebra extranacional", *LL*, 129-129; KALLER DE ORCHANSKY, B., "Reflexiones sobre el art. 4 de la Ley de concursos, antes y después de su reforma", *RDCO*,

1983, pp. 705-717; LAQUIS, M.A., "El caso Swift y la interdependencia económica", *ED*, 51-222; LEBRÓN, H., *Ley 154/69 de Quiebras-Comentada*, Asunción, La Ley Paraguaya, 1998; MAIRAL, H. A., "El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la Ley de Concursos", LL, 1981-C-1190; MALBRAN, M.E., "La extraterritorialidad de la quiebra en el caso 'Cía Swift de La Plata S.A.'", *ED*, 54-809; MALFUSSI, C., "El art. 4 de la ley de concursos", *LL*, 149-797; NADELMANN, K.H., "El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros en las leyes de quiebra", *JA*, Doctrina, 1974, pp. 477-482; OLIVERA GARCÍA, R.; *Anteproyecto de ley de concursos*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999; QUINTANA FERREYRA, F., *Concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, t. I, pp. 70-89; RADZYMINSKI, A., "La acción de ineficacia concursal en el derecho internacional privado argentino", *ED*, 132-371; RADZYMINSKI, A., "Sistemas de derecho internacional privado concursal argentino", *RDCO*, 1990, pp. 199-226; REQUIÃO, R., *Curso de direito falimentar*, 7ª ed., San Pablo, Saraiva, 1982; RIPPE, S. y otros, *Instituciones de derecho comercial uruguayo*, Montevideo, FCU, 1996; ROUILLON, A.A.N., *Reformas al régimen de los concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 13-70; ROUILLON, A.A.N., "Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales LL*, Buenos Aires, 1999, pp. 1-23; ROUILLON, A.A.N., "Cooperación internacional en materia concursal. La ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza", *LL*, 2002-D-998-1009; SANCINETTI, M.A., "El art. 4 de la Ley de Concursos: historia e histeria de una reforma", *RDCO*, 1984, pp. 143 ss.; SMITH, J.C., "El régimen internacional de los concursos en la ley 19.551", *LL*, 1980-A-761; UZAL, M.E., "Art. 4, ley 19.551 (reformado por la ley 22.917). Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática", *RDCO*, 1985, pp. 527-555; UZAL, M.E., "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación territorial del art. 4 de la ley 24.522", *ED*, 172-910; VALVERDE, T. de M., *Comentários à Lei de Falências*, 4ª ed., Río de Janeiro, Revista Forense, 1948-1949; VEYTIA, H., "La insolvencia transnacional", *Rev. Mex. DIPr*, Nº 4, 1998, pp. 37-50; WEINBERG, I.M., "Derecho de acreedores extranjeros", *RDCO*, 1985, pp. 691-699; WEINBERG de ROCA, I.M., "Concursos internacionales en la ley 24.522", *ED*, 170-978; WURST, W.J.E., "La quiebra extranacional", *RDCO*, 1990, pp. 443-466.

Obras generales de DIPr y DComI

Incluimos una selección de bibliografía general de la materia, útil para la profundización de todos los temas tratados en este libro correspondientes a la Parte general y a la Parte especial. En los distintos capítulos, por tanto, no se hace referencia a las obras generales aquí citadas, quedando bien entendido que ellas son utilizadas a lo largo de todo el trabajo.

– En castellano y portugués

ALFONSÍN, Q., *Teoría del derecho privado internacional*, Montevideo, Idea, 1982 (reimp.).

ALFONSÍN, Q., *Sistema de derecho civil internacional*, vol. 1, Montevideo, Universidad de la República, 1961.

AMORIM, E.C. DE, *Direito internacional privado*, 4ª ed., Río de Janeiro, Forense, 1988.

ANDRADE, A.P. DE, *Manual de direito internacional privado*, 6ª ed., San Pablo, Saraiva, 1987.

ARELLANO GARCÍA, C., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., México, Porrúa, 1998.

BALESTRA, R.R., *Manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988 (*Parte general*) y 1997 (*Parte especial*).

BASADRE AYULO, J., *Derecho internacional privado*, Lima, Grijley, 2000.

BASZ, V. / CAMPANELLA, E., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

BIOCCA, S.M. / FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. / BASZ, V., *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 1990.

BOGGIANO, A., *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991 (3 vols.).

CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Granada, Comares, 2002 (2 vols., el II con otros autores).

CALVO CARAVACA, A.L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho del comercio internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983.

CIURO CALDANI, M.A., *Estudios de filosofía del derecho internacional privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

CUEVAS CANCINO, F., *Manual de derecho internacional privado mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998.

DE CASTRO, A., *Liçoes de direito processual civil e direito internacional privado*, San Pablo, Ed. do Brasil, 2000.

DE CASTRO, A., *Direito internacional privado*, 4ª ed. (actualizada por D. ROCHA), Río de Janeiro, Forense, 1987.

DINIZ, M.H., *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1996.

DOLINGER, J., *Direito internacional privado (Parte geral)*, 5ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2000.

DOLINGER , J., *Direito civil internacional*, vol. I (*A família no direito internacional privado*), t. I (*Casamento e divórcio*), Río de Janeiro, Renovar, 1997.

DOLINGER, J. / TIBURCIO, C., *Vade-Mécum de direito internacional privado*, Río de Janeiro, Renovar, 1996.

DREYZIN DE KLOR, A. / URIONDO DE MARTINOLI, A., *Derecho internacional privado y de la integración regional. Fuentes convencionales*, Buenos Aires, Zavalía,1996.

ESPINAR VICENTE, J.M., *Teoría general del derecho internacional privado*, Madrid, UAH, 2000.

ESPINAR VICENTE, J.M., *Ensayos sobre teoría general del derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., *Derecho internacional privado* (en *Reformas al Código Civil*), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

FERNANDES, C., *Liçoes de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 1994.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (dir.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *Curso de derecho internacional privado*, t. I (*Parte general*), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *Derecho internacional privado. Material práctico: casos, documentos, fallos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

GARCEZ, J.M.R., *Curso de direito internacional privado*, Río de Janeiro, Revista Forense, 1999.

GARCÍA VELASCO, I., *Derecho internacional privado (reflexiones introductorias)*, Salamanca, Cervantes, 1994.

GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado*, 6ª ed. (al cuidado de M.A. CIURO CALDANI), Buenos Aires, Depalma, 1985.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995.

GUZMÁN LATORRE, D., *Tratado de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

HEE MOON JO, *Moderno direito internacional privado*, San Pablo, LTR, 2001.

KALLER DE ORCHANSKY, B., *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1990 (con la colaboración de A. DREYZIN DE KLOR y A. URIONDO DE MARTINOLI).

LARIOS OCHAITA, C., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Guatemala, Universidad, 1998.

LARREA HOLGUÍN, J.I., *Manual de derecho internacional privado ecuatoriano*, 3ª ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986.

LEÓN STEFFENS, A., *Nuevas normas de derecho internacional privado. Nociones fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.

MACHADO, B.J., *Lições de direito internacional privado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1990.

MARÍN LÓPEZ, A., *Derecho internacional privado. Parte general*, 9ª ed., Granada, 1994.

MONROY CABRA, M.G., *Tratado de Derecho internacional privado*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1999.

NOODT TAQUELA, M.B., *Derecho internacional privado. Método de casos. Análisis de fallos. Documentos extranjeros*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

ONTIVEROS PAOLINI, G., *Derecho internacional privado*, Caracas, Marga, 1998.

PARDO, A.J., *Derecho internacional privado. Parte general*, Buenos Aires, Ghersi, 1988.

PARRA ARANGUREN, G., *Curso general de derecho internacional privado (problemas selectos y otros estudios)*, Caracas, Fundación Fernando Parra Aranguren, 1992.

PEREIRA, C.M. da S., *Instituções de direito civil*, 11a. ed., vol. V, Río de Janeiro, Forense, 1999.

PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001 (2 vols.).

PEREZNIETO CASTRO, L., *Derecho internacional privado*, 7ª ed., México, Oxford University Press, 1998.

PEREZNIETO CASTRO, L. / SILVA SILVA, J.A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000 (Prólogo de F.K. Juenger).

PINHEIRO, L. DE L., *Direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 1999 (Parte especial), 2001 (Parte geral).

PIOMBO, H.D., *Estructura normativa del derecho internacional privado. Sistemática de la dimensión normológica*, Buenos Aires, Depalma, 1984, con actualizaciones hasta 1991 (Prólogo de W. Goldschmidt).

PRUDENCIO COSIO, J., *Curso de derecho internacional privado*, 3ª ed., La Paz, Juventud, 1985.

RAMAYO, R.A., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Educa, 1998.

RAMÍREZ NECOCHEA, M., *Derecho internacional privado. Teoría general*, Santiago (Chile), Conosur, 1994.

RAMOS, R.M.M., *Das relaçoes privadas internacionais. Estudos de direito internacional privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

RAPALLINI, L., *Temática de derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Lex, 1998.

RECHSTEINER, B.W, *Direito internacional privado*, 4ª ed., San Pablo, Saraiva, 2001.

RIGAUX, F., *Derecho internacional privado. Parte general,* trad., Madrid, Civitas, 1985.

ROCHA, O., *Curso de direito internacional privado*, 4ª ed., Río de Janeiro, Forense, 1986.

RODAS, J.G., *Direito Internacional Privado Brasileiro*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1993.

RODRÍGUEZ SERRANO, F., *Introducción al derecho internacional privado*, San José, Lehmann, 1986.

SILVA ALONSO, R., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Asunción, Intercontinental, 1998; *Parte Especial*, 1995.

SOUTO, C., *Introduçao crítica ao direito internacional privado*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2000.

STRENGER, I., *Direito internacional privado*, 4ª ed., San Pablo, LTr, 2000.

TENÓRIO, O., *Direito internacional privado,* 9a. ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1970 (2 vols.).

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., *Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid (vol. 1, 1992; vol. 2, 2ª ed., 1990).

TOVAR GIL, M. DEL C. / TOVAR GIL, J., *Derecho internacional privado*, Lima, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1987.

VALLADÃO, H., *Direito internacional privado*, vol. I, 5ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1980; vol. II, 3ª ed., 1983; vol. III, 1978.

VÁZQUEZ PANDO, F.A., *El nuevo derecho internacional privado mexicano (Introducción y selección de fuentes)*, México, Themis, 1990.

VVAA, *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck-Institut / Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

VVAA, *Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001 (3 vols.).

VVAA, *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid / Eurolex, 1997.

WEINBERG, I.M., *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, Depalma, 2002 (Prólogo de M.A. Ciuro Caldani).

– En otros idiomas

ANCEL, B. / LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3ª ed., París, Dalloz, 1998.

ANTON, A.E. / BEAUMONT, P.R., *Private International Law*, 2ª ed., Edimburgo, Green, 1990.

AUDIT, B., *Droit international privé*, 3ª ed., París, Dalloz, 2000.

BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Padua, Cedam, 1999 (con la colaboración de A. BONOMI).

BAR, CH. VON, *Internationales Privatrecht*, Munich, C.H. Beck, t. I, 1987 y t. II, 1991.

BATIFFOL, H. / LAGARDE, P., *Droit international privé*, vol. I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, y vol. II, 7ª ed., 1983.

BORIC, T. (dir.), *Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht*, 3ª ed., Viena, Österreich, 2001.

BUCHER, A./ BONOMI, A., *Droit international privé*, Basilea, etc., Helbing & Lichtenhahn, 2001.

CASTEL, J.G., *Canadian Conflict of Laws*, 4ª ed., Toronto, Butterworths, 1997.

COURBE, P., *Droit international privé*, París, Armand Colin, 2000.

CRAWFORD, E.B., *International Private Law in Scotland*, Edimburgo, Green / Sweet & Maxwell, 1998.

CHESHIRE, G.CH. / NORTH, P.M. / FAWCETT, J.J., *Private International Law*, 13ª ed., Londres, Butterworths, 1999.

DERRUPPÉ, J., *Droit international privé*, 14ª ed., París, Dalloz, 2001.

DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, 13ª ed. bajo la dirección de L. COLLINS, Londres, Sweet & Maxwell, 2000 (2 vols.).

DOLINGER, J., "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts", *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, pp. 187-512.

DROZ, G.A.L., "Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)", *Recueil des Cours*, t. 229, 1991-IV, pp. 9-424.

DUTOIT, B., *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3ª ed., Basilea / Frankfurt, Helbing & Lichthenhahn, 2001.

EMANUELLI, C., *Droit international privé québécois*, Montreal, W & L, 2001.

GOLDSTEIN, G. / GROFFIER, E., *Droit international privé*, Cowansville, Y. Blais, 1998.

GUTMANN, D., *Droit international privé*, 2ª ed., París, Dalloz, 2000.

HAY, P., *Internationales Privatrecht*, Munich, C.H. Beck, 1999.

HEINI, A. / KELLER, M. / SIEHR, K. / VISCHER, F. / VOLKEN, P., *IPRG Kommentar*, Zurich, Schulthess, 1993.

JACQUET, J.-M. / DELEBECQUE, PH., *Droit du commerce international*, 2ª ed., París, Dalloz, 2000.

JAYME, E., "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 9-40.

JAYME, E., "Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 9-267.

JUENGER, F.K., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2001.

JUENGER, F.K., *Choice of Law and Multistate Justice*, Deventer, Kluwer, 1993.

JUNKER, A., *Internationales Privatrecht*, Munich, C.H. Beck, 1998.

KADNER, D., *Das internationale Privatrecht von Ecuador*, Tubinga, C.B.H. Mohr, 1999.

KADNER GRAZIANO, TH., *Gemeineuropäisches internationales Privatrecht*, Tubinga, Moht Siebeck, 2002.

KEGEL, G. / SCHURIG, K., *Internationales Privatrecht*, 8ª ed., Munich, C.H. Beck, 2000.

KNOEPFLER, F. / SCHWEIZER, P., *Droit international privé suisse*, 2ª ed., Berna, Stämpfli, 1995.

KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 4ª ed., Tubinga, C.B.H. Mohr, 2001.

KUNZ, K.-H., *Internationales Privatrecht*, 4ª ed., Colonia, etc., Heymanns, 1998.

LALIVE, P., "Tedances et méthodes en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 155, 1977-II, pp. 1-424.

LOUSSOUARN, Y. / BOUREL, P., *Droit international privé*, 7ª ed., París, Dalloz, 2001.

LOWENFELD, A., *Conflicts of Laws*, 2ª ed., Nueva York, Matthew Bender, 1998.

MÁDL, F. / VÉKÁS, L., *The Law of Conflicts and of International Economic Relations*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1998.

MÄNHARDT, F. / POSCH, W., *Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht*, 2ª ed., Viena / Nueva York, Springer, 1999.

MAYER, P. / HEUZÉ, V., *Droit international privé*, 7ª ed., París, Montchrestien, 2001.

MCCLEAN, D., "*De Conflictu Legum*. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century", *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 41-228.

MENGOZZI, P., "La riforma del diritto internazionale privato italiano", *La legge*, 31 maggio 1995, n. 218, 2ª ed., Nápoles, Scientifica, 1997.

MONÉGER, F., *Droit international privé*, París, Litec, 2001.

MORRIS, J.H.C. / MCCLEAN, *The Conflict of Laws*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1993.

MOSCONI, F., *Diritto internazionale privato e processuale*, Turín, UTET (t. I, 2ª ed., 2001; t. II, 1997).

MOUSSERON, J.-M. / RAYNARD, J. / FABRE, R. / PIERRE, J.-L., *Droit du commerce international (droit international de l'enterprise)*, París, Litec, 1997.

NYGH, P.E., *Conflicts of Laws in Australia*, 6ª ed., Sydney, etc., Butterworths, 1995.

OPPETIT, B., "Le droit international privé, droit savant", *Recueil des Cours*, t. 234, 1992-III, pp. 331-434.

VON OVERBECK, A.E., "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents (Cours général de droit international privé)", *Recueil des Cours*, t. 176, 1982-III, pp. 9-258.

PATOCCHI, P.M./ GEISINGER, E., *IPRG. Internationales Privatrecht*, Zurich, Orell Füssli, 2000.

PICONE, P., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1998.

PICONE, P., "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, pp. 9-296.

POCAR, F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milán, Giuffrè, 1997.

RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999.

RIGAUX, F., *Droit international privé*, Bruselas, Larcier (t. I, 2ª ed., 1987; t. II (con FALLON, M.), 2ª ed., 1993).

SCOLES, E.F./HAY, P./BORCHERS, P.J./SYMEONIDES, S.C., *Conflict of Laws*, 3ª ed., St. Paul (Minn.), West Group, 2000.

SCHNYDER, A. / LIATOWITSCH, M., *Internationales Privat– und Zivilverfahrensrecht*, Zurich, Schulthess, 2000.

SCHOCKWEILER, F. / WIVINIOUS, J.-C., *Les conflits de lois et les conflits de jurisdictions en droit international privé luxembourgeois*, 2ª ed., Luxemburgo, Bauler, 1996.

SCHWANDER, I., *Einführung in das internationale Privatrecht*, St. Gallen, Dike (t. I, 3ª ed., 2000; t. II, 1997).

SCHWIMANN, M., *Internationales Privatrecht*, Viena, Manz, 2001.

SIEHR, K., *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001.

SYMEONIDES, S.C. (dir.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, La Haya, etc., Kluwer, 2000.

SYMEONIDES, S.C. / PERDUE, W.C. / VON MEHREN, A.T., *Conflict of Laws. American, Comparative, International*, St. Paul (Minn.), 1998.

TETLEY, W., *International Conflict of Laws, Common, Civil and Maritime*, Montreal, Y. Blais, 1994.

VISCHER, F., "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 9-256.

VITTA, E., *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, 4ª ed. (al cuidado de F. MOSCONI), Turín, UTET, 1991.

VVAA, *Wiener Vorträge: internationales Privat– und Verfahrensrecht, Rechtsvergleichung, Kunst– und Kulturrecht / Erik Jayme*, Viena, Manz, 2001.

VVAA, *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2001.

VVAA, *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, Londres, LLP, 2000.

VVAA, *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya / Zurich, T.M.C. Asser / Schulthess, 2000.

VVAA, *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law. A Tribute to Symeon C. Symeonides*, Baton Rouge, Louisiana State University, 2000.

VVAA, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1998.

VVAA, *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

VVAA, *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya y otras, Nijhoff, 1996.

WEINTRAUB, R.J., *Commentary on the Conflict of Laws*, 4ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2001.

Índice de contenido

Abreviaturas 9
Autores, colaboradores, capítulos y epígrafes 17

Prólogos: Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR
por Erik Jayme 21
por Didier Opertti Badán 25
Palabras preliminares del coordinador 31

Parte general 37

Sección I: Introducción 37

Capítulo 1: Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado 39

I. Razón de ser del DIPr 39
II. Objeto del DIPr 42
1. Concepciones formalistas y sustancialistas 42
2. La situación privada internacional 45

III. Contenido del DIPr 48
1. Contenido y objeto del DIPr 48
2. Depuración del contenido 49
3. Organización del contenido: alcance de la Parte general 55
IV. Fenómenos condicionantes del DIPr actual 59
1. Globalización 59
2. Integración económica y política 65
3. Auge de la cooperación internacional 70
4. Influencia de los derechos humanos 74
A) Dimensión internacional de los derechos humanos 74
B) Derechos humanos y DIPr 76
5. Expansión de la autonomía de la voluntad (privatización del DIPr) 79
Bibliografía complementaria 81

Capítulo 2: Configuración sistemática del derecho internacional privado del MERCOSUR 83

I. Planteo general 83
1. Complejidad sistemática del DIPr 83
2. El papel de las Constituciones nacionales 88
II. Dimensión autónoma 92
1. Argentina 92
2. Brasil 97
3. Paraguay 99
4. Uruguay 105
III. Dimensión convencional 110
1. Problemas generados por la "internacionalización" de los sistemas de DIPr 110
2. La importancia fundamental de la CIDIP y sus contrapesos 113
3. La dimensión convencional en los países del MERCOSUR 115
IV. Dimensión institucional mercosureña 117
1. El MERCOSUR como nueva fuente de DIPr 117

A) Caracterización y problemas del DIPr del MERCOSUR 117
B) Alcance de la influencia de la CIDIP 120
C) Claroscuros del DIPr mercosureño 122
2. Incorporación de las normas mercosureñas de DIPr a los ordenamientos nacionales 125
V. Dimensión transnacional 127
Estado de vigencia de las convenciones internacionales 131
Información jurídica de los países del MERCOSUR 131
Bibliografía complementaria 132

Sección II: Jurisdicción internacional 135

Capítulo 3: Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional 137

I. Delimitación de conceptos: jurisdicción internacional, competencia, "jurisdicción" institucional y "jurisdicción" arbitral 137
II. Aspectos públicos de la jurisdicción en materia de DIPr 139
1. Independencia, interdependencia y efectividad 139
2. La normativa humanitaria como límite 142
3. Inmunidad de jurisdicción 142
III. Regulación de la jurisdicción internacional 145
1. La determinación del juez competente y sus problemas 145
2. La norma de jurisdicción internacional 149
3. Jurisdicción internacional directa e indirecta 151
IV. Foros de jurisdicción internacional 152
1. Foros razonables y exorbitantes 152
2. Foros generales y especiales 157
3. Foros concurrentes y exclusivos 159
4. *Forum necessitatis* y *forum non conveniens* 163
Bibliografía complementaria 167

Capítulo 4: Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños 169

I. La jurisdicción internacional en la dimensión convencional 169
1. Tratados de Montevideo 169
A) Tratados de Montevideo de 1889 169
B) Tratados de Montevideo de 1940 172
2. Código Bustamante 174
3. CIDIP 177
4. Eventual reflejo de otras convenciones en los Estados americanos 179
A) Reglamentación comunitaria europea: el sistema de Bruselas 179
B) El proyecto de Convención "mundial" de La Haya 184
II. La jurisdicción internacional en la dimensión institucional mercosureña 187
1. Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual (Buenos Aires, 1994) 187
A) Ámbito de aplicación 187
B) Alcance de la autonomía de la voluntad 189
C) Jurisdicción subsidiaria 193
2. Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (Santa María, 1996) 198
A) Ámbito de aplicación 198
B) Normas de jurisdicción 199
C) El proceso a distancia 199
3. Otras normas de jurisdicción internacional del MERCOSUR 201
III. La "jurisdicción" "institucional" (sistema de solución de controversias) y su alcance jusprivatista 202
1. Esquema general del sistema: Protocolo de Brasilia (1991) y Anexo al Protocolo de Ouro Preto (1994) 202
2. Funcionamiento del sistema de Brasilia ante los reclamos de particulares 210
IV. La "jurisdicción" arbitral 213

1. Dimensión convencional y marco institucional 213
A) En el ámbito "universal" 213
B) En el ámbito interamericano 216
2. El arbitraje comercial internacional en el MERCOSUR 217
A) Normativa institucional 217
B) Interacción con las normas convencionales 225
Bibliografía complementaria 228

Capítulo 5: Dimensión autónoma de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños 233

I. Argentina 233
1. Estructura general del sistema 233
2. Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación del juez competente 235
3. Normas de jurisdicción internacional 237
II. Brasil 240
1. Estructura general del sistema 240
2. La determinación de la jurisdicción internacional 243
3. Jurisprudencia 244
A) En las cuestiones ante el juez nacional 244
B) En las sentencias extranjeras homologadas ante el STF 244
III. Paraguay 245
1. Estructura general del sistema 245
2. Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación del juez competente 245
3. Normas de jurisdicción internacional 247
IV. Uruguay 249
1. Estructura general del sistema 249
2. Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación del juez competente 250
3. Normas de jurisdicción internacional 251
Bibliografía complementaria 254

Sección III: Derecho aplicable 255

Capítulo 6: Aspectos generales del sector del derecho aplicable 257

I. El pluralismo de métodos 257
II. El método indirecto de elección o de atribución 259
1. Descripción 259
2. La eventual aplicación del derecho extranjero 260
3. Determinación concreta del derecho extranjero aplicable 265
4. Falencias del método de atribución y correcciones 269
III. Elementos de la norma indirecta 272
1. Estática y dinámica de la norma indirecta 272
2. El supuesto y su calificación 273
3. La consecuencia jurídica y el punto de conexión 275
IV. Dinámica de la norma indirecta: los llamados problemas generales del DIPr 277
1. Conflicto de calificaciones 277
2. Conflicto internacional transitorio 280
3. Reenvío 281
4. Conflicto móvil 285
5. Fraude a la ley 288
6. Remisión a un ordenamiento plurilegislativo 290
7. Cuestión previa 292
8. Orden público "internacional" 295
9. Imposibilidad de aplicación del derecho material extranjero 299
V. Técnicas de reglamentación directas 300
1. Las normas materiales en el DIPr 300
2. Normas materiales especiales 303
A) Normas materiales uniformes 303
B) Normas materiales nacionales para casos internacionales 306
C) Normas materiales especialmente concebidas para casos de DIPr 306
3. Normas de aplicación inmediata 308
A) Noción 308
B) Ejemplos de normas de aplicación inmediata 309

C) Diferencias con las normas espacialmente condicionadas o autolimitadas 311
Bibliografía complementaria 313

Capítulo 7: Sistemas de derecho aplicable de los Estados mercosureños 315

I. Contenido y alcance de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979) 315
1. Aspectos generales 315
2. Determinación de la norma aplicable 316
3. Aplicación del derecho extranjero y recursos admitidos 316
4. Instituciones o procedimientos desconocidos 319
5. Excepción de orden público internacional 320
6. Excepción de fraude a la ley 321
7. Derechos adquiridos 322
8. Cuestiones previas, preliminares o incidentales 323
9. Norma de armonización 324
II. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 325
1. Argentina 325
A) Estructura del sector 325
B) Características de la dimensión autónoma del sistema de derecho aplicable 327
C) Regulación de los "problemas generales" 329
2. Brasil 334
A) Generalidades 334
B) Reglamentación de cuestiones particulares y excepciones 335
3. Paraguay 338
A) Estructura del sector 338
B) Impacto de la dimensión convencional en la dimensión autónoma 339
C) Sistematización de las normas de derecho aplicable 340
4. Uruguay 341
A) Estructura del sector 341

B) Características de la dimensión autónoma del sistema de derecho aplicable 342
C) Jurisprudencia 345
Bibliografía complementaria 346

Sección IV: Problemas del proceso "internacional" y cooperación jurídica internacional 349

Capítulo 8: Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional 351

I. Introducción 351
II. Derecho aplicable al proceso 352
1. La aplicación de la *lex fori* como regla general 352
2. Excepciones a la aplicación de la *lex fori* 355
III. Problemas de extranjería procesal 357
1. Aspectos generales 357
2. Derecho a la justicia gratuita 359
3. Caución de arraigo en juicio 361
IV. Problemas procesales de la aplicación del derecho extranjero 363
1. Invocación y prueba del derecho extranjero por las partes 363
2. Participación del juez en la indagación del derecho extranjero 366
Bibliografía complementaria 370

Capítulo 9: Problemas del proceso "internacional" y cooperación jurídica internacional en los Estados mercosureños 371

I. Superposición de convenciones internacionales de cooperación jurídica internacional de ámbito "universal", regional, subregional y bilateral 371
II. Instrumentos procesales de la CIDIP 374
1. Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (Panamá, 1975) y su Protocolo adicional (Montevideo, 1979) 375

2. Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero (Panamá, 1975) y su Protocolo adicional (La Paz, 1984) 381
3. Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (Panamá, 1975) 385
4. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (Montevideo, 1979) 387
5. Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (Montevideo, 1979) 392

III. Instrumentos procesales de la dimensión institucional mercosureña 394
1. Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Las Leñas, 1992), su Acuerdo complementario (Asunción, 1997) y su Enmienda (Buenos Aires, 2002) 394
2. *Protocolo de medidas cautelares (Ouro Preto, 1994)* y su Acuerdo complementario (Asunción, 1997) 395

IV. Particularidades de los sistemas procesales de los Estados mercosureños 396
1. Cooperación jurídica bilateral entre los Estados mercosureños 396
2. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 398
A) Argentina 398
B) Brasil 402
C) Paraguay 406
D) Uruguay 408

Bibliografía complementaria 410

Sección V: Reconocimiento de decisiones y documentos de autoridades de otros Estados 411

Capítulo 10: Aspectos generales del reconocimiento 413

I. Nociones previas 413
1. Definiciones conceptuales 413
2. Efectos extraterritoriales de las decisiones judiciales 416

II. Carácter del reconocimiento 419
1. Alcance de la regla de no revisión del fondo de la decisión extranjera 419
2. "Excepciones" a la regla general 420
A) Respeto de las garantías procesales 420
B) No contradicción con el orden público internacional del Estado requerido 421
C) Control de la ley aplicada 424
III. Condiciones del reconocimiento 425
1. Autenticidad de la decisión 425
2. Competencia del juez de origen 427
3. Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido 429
IV. Reconocimiento de documentos públicos extranjeros 430
Bibliografía complementaria 439

Capítulo 11: Dimensiones institucional y convencional de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños 441

I. Complejidad del régimen convencional americano de reconocimiento y ejecución 441
1. Tratados de Montevideo 441
2. Código Bustamante 443
3. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo, 1979) y Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (La Paz, 1984) 445
4. Convenciones bilaterales 451
5. Reflejo de las convenciones de la dimensión "universal" en los Estados americanos 457
A) Fracaso de la Convención de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial (1971) 457
B) La posible Convención de La Haya sobre jurisdicción internacional y reconocimiento de sentencias 458

II. El reconocimiento en la dimensión institucional mercosureña: el capítulo V del Protocolo de Las Leñas 460
III. El reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros 468
1. Ámbito "universal": la Convención de Nueva York de 1958 468
2. Ámbito interamericano: las Convenciones de Panamá sobre arbitraje y de Montevideo sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos 471
3. Ámbito institucional mercosureño: Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR y aplicabilidad de otras normas 472
Bibliografía complementaria 474

Capítulo 12: Dimensión autónoma de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños 475

I. Argentina 475
1. Estructura del sistema 475
2. Procedimiento para el reconocimiento 476
3. Requisitos exigidos 476
II. Brasil 479
1. Estructura del sistema 479
2. Procedimiento para el reconocimiento 479
3. Requisitos exigidos 481
III. Paraguay 482
1. Aspectos generales 482
2. Requisitos exigidos a las sentencias dictadas en el extranjero 483
3. Juez competente para entender en el reconocimiento de la sentencia extranjera 486
4. Recaudos que deben ser adjuntados en la petición 487
5. Substanciación de la petición 487
6. Eficacia de la sentencia extranjera 488
IV. Uruguay 489
1. Estructura del sistema 489
2. Procedimiento para el reconocimiento 490
3. Requisitos exigidos 492
Bibliografía complementaria 501

Parte especial 503

Sección I: Los sujetos del derecho internacional privado 503

Capítulo 13: Personas físicas 505

I. Derecho aplicable a las personas físicas 505
1. Domicilio *vs.* nacionalidad como discusión tradicional en la materia 505
A) Argumentos histórico-políticos 505
B) Panorama actual de la cuestión 508
2. Alcance de la residencia habitual como factor de solución de la dialéctica clásica 509
3. Autonomía de la voluntad 511
II. Ámbito de la ley personal 512
1. Capacidad de hecho y de derecho 512
2. Nombre de las personas físicas 513
3. Ausencia 514
III. Soluciones convencionales americanas 515
1. La bipolarización latinoamericana: los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante 515
2. La CIDIP 517
A) Las personas físicas en las convenciones interamericanas 517
B) Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado (Montevideo, 1979) 518
IV. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 519
1. Argentina 519
A) Capacidad de hecho y de derecho 519
B) Nombre de las personas físicas 523
C) Ausencia 524
2. Brasil 524
A) La ley personal en el sistema brasileño 524
B) Capacidad 526
C) Conmoriencia, ausencia, derecho al nombre 527
D) El privilegio procesal de la mujer 528
3. Paraguay 529

A) Domicilio real y legal 529
B) Capacidad 530
C) Nombre 532
4. Uruguay 533
A) Capacidad 533
B) Personalidad 537
C) Ausencia 538
Bibliografía complementaria 539

Capítulo 14: Personas jurídicas 541

I. Problemática de la ley personal de las personas jurídicas 541
1. Nociones generales 541
2. Determinación de la ley personal o ley de la "nacionalidad" de la persona jurídica 546
3. Reconocimiento y funcionamiento de las personas jurídicas extranjeras 552
II. Dimensión convencional americana 554
1. Tratados de Montevideo 554
2. Código Bustamante 561
3. Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado (La Paz, 1984) 562
III. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 565
1. Argentina 565
2. Brasil 568
3. Paraguay 570
4. Uruguay 573
Bibliografía complementaria 579

Sección II: Situaciones esencialmente no patrimoniales 581

Capítulo 15: Protección de menores en general 583

I. Planteo general 583
II. Dimensión convencional universal 586

1. Ámbito general: la labor de la ONU 586
2. Ámbito particular: las Convenciones de la Conferencia de La Haya 590
III. Dimensión convencional americana 592
1. Tratados de Montevideo 592
2. La importancia de la CIDIP y de las convenciones bilaterales 593
IV. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 594
1. Argentina 594
A) Patria potestad 594
B) Tutela y otras instituciones de guarda de los menores 598
C) Situaciones de urgencia y provisionalidad 600
D) Formalidades de la organización de la institución protectora 602
2. Brasil 602
A) Aspectos generales 602
B) Dimensión convencional 603
C) Problemas particulares 604
3. Paraguay 605
4. Uruguay 608
A) Aspectos generales 608
B) Ley aplicable y juez competente en materia de protección de menores 609
Bibliografía complementaria 613

Capítulo 16: Sustracción, restitución y tráfico internacional de menores 615

I. Aspectos generales 615
1. Introducción 615
2. Descripción de las situaciones problemáticas 616
3. Alcance de las obligaciones de localizar y restituir 616
II. Solución en el ámbito "universal": Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980) 617
1. Ámbito de aplicación 618
2. Contenido 618

III. Solución en el ámbito interamericano: Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (Montevideo, 1989) 620
1. En general 620
2. Ámbito de aplicación 621
3. Contenido 622
4. De la oposición y del orden público internacional 626
5. Relaciones con otras convenciones 627
IV. Aspectos penales y civiles del tráfico internacional de menores: Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 1994) 628
1. En general 628
2. Ámbito de aplicación 630
3. Estructura 631
4. Calificaciones autárquicas 632
5. Cooperación internacional 633
6. Aspectos penales 635
7. Aspectos civiles 638
8. Cuestiones particulares 640
9. Relaciones con otras convenciones 644
Bibliografía complementaria 645

Capítulo 17: Filiación 647

I. Aspectos generales de la filiación 647
II. Establecimiento de la filiación por naturaleza 651
1. Aspectos generales de la reglamentación 651
2. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 656
A) Argentina 656
B) Brasil 660
C) Paraguay 661
D) Uruguay 663
III. Establecimiento de la filiación adoptiva 665
1. Problemas de la adopción internacional 665
2. Reglamentación convencional "universal": Convenio

de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (1993) 666
3. Dimensión convencional americana 667
A) Tratados de Montevideo 667
B) Código Bustamante 668
C) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (La Paz, 1984) 669
4. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 678
A) Argentina 678
B) Brasil 686
C) Paraguay 689
D) Uruguay 690
Bibliografía complementaria 692

Capítulo 18: *Matrimonio y uniones no matrimoniales* 695

I. Tendencias en la reglamentación del DIPr de la familia 695
1. Aspectos generales 695
2. Efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales 700
II. Validez e invalidez de los matrimonios 703
1. Aspectos generales 703
A) Derecho aplicable a la validez intrínseca del matrimonio 703
B) Consentimiento y requisitos de la capacidad matrimonial 705
C) Forma 707
D) Prueba 709
2. Reglamentación convencional universal 711
A) Convención de La Haya sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios (1978) 711
B) Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York (1962) 713
3. Dimensión convencional americana 714
A) Tratados de Montevideo 714
B) Código Bustamante 719

4. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 720
A) Argentina 720
B) Brasil 728
C) Paraguay 730
D) Uruguay 733
III. Efectos personales del matrimonio 737
1. Aspectos generales 737
2. Dimensión convencional americana 740
A) Tratados de Montevideo 740
B) Código Bustamante 740
3. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 741
A) Argentina 741
B) Brasil 742
C) Paraguay 744
D) Uruguay 745
IV. Atenuación o disolución del vínculo matrimonial 745
1. Aspectos generales 745
A) Los supuestos de atenuación o disolución del vínculo matrimonial 745
B) Inexistencia y nulidad del matrimonio 746
C) Separación matrimonial de hecho 747
D) Separación judicial o divorcio 748
E) Disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges 750
2. Reglamentación convencional universal: Convención de La Haya sobre el reconocimiento de los divorcios y las separaciones de cuerpos (1970) 750
3. Dimensión convencional americana 752
A) Tratados de Montevideo 752
B) Código Bustamante 755
4. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 755
A) Argentina 755
B) Brasil 759
C) Paraguay 760
D) Uruguay 761
Bibliografía complementaria 764

Sección III: Aspectos patrimoniales de las situaciones esencialmente no patrimoniales 767

Capítulo 19: Efectos patrimoniales del matrimonio 769

I. El matrimonio y los efectos patrimoniales 769
II. El derecho aplicable a los efectos patrimoniales 770
    1. Localización 770
    2. La elección de la ley aplicable al régimen matrimonial patrimonial 771
    3. Mutabilidad o permanencia 773
III. Régimen económico matrimonial pactado 774
    1. Las capitulaciones matrimoniales 774
    2. Admisibilidad y alcances 774
    3. Capacidad 775
    4. Forma 776
    5. Publicidad 777
    6. Mutabilidad o inmutabilidad de las convenciones matrimoniales 778
    7. Caducidad 779
IV. Contratos entre cónyuges 780
V. Reglamentación de los efectos patrimoniales del matrimonio 781
    1. Dimensión convencional universal: Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (1978) 781
    2. Dimensión convencional americana 782
        A) Tratados de Montevideo 782
        B) Código Bustamante 785
    3. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 786
        A) Argentina 786
        B) Brasil 798
        C) Paraguay 801
        D) Uruguay 804
Bibliografía complementaria 807

Capítulo 20: Obligaciones de alimentos 809

I. Aspectos generales 809
1. Las obligaciones de alimentos en el DIPr: la cuestión de su autonomía 809
2. Tendencias de regulación 810
II. Reglamentación de las obligaciones alimentarias 811
1. Reglamentación convencional "universal" 811
A) Las obligaciones de alimentos y la cooperación internacional: Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero (1956) 811
B) Las obligaciones de alimentos en la Conferencia de La Haya 816
2. Dimensión convencional americana 819
A) Tratados de Montevideo 819
B) Código Bustamante 822
C) Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias 823
3. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños 831
A) Argentina 831
B) Brasil 836
C) Paraguay 837
D) Uruguay 838
Bibliografía complementaria 839

Capítulo 21: Sucesión hereditaria 841

I. Aspectos generales 841
1. Alcance de la antinomia "unidad vs. pluralidad sucesoria" 843
2. Tendencias de regulación 845
II. Reglamentación de las sucesiones 847
1. Reglamentación convencional universal: Convención de La Haya sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (1989) 847
2. Dimensión convencional americana 850

A) Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 850
B) Código Bustamante 851
3. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños 852
A) Argentina 852
B) Brasil 859
C) Paraguay 863
D) Uruguay 864
Bibliografía complementaria 870

Sección IV: Situaciones esencialmente patrimoniales 873

Capítulo 22: Bienes materiales 875

I. Aspectos generales 875
1. La regla *lex rei sitae* 875
2. Opción básica de reglamentación: unidad de régimen legal o distinción entre muebles e inmuebles 878
3. Estatuto real y estatuto patrimonial 879
4. El poder de atracción del *situs* y sus matices 880
A) Alcance de la regla *forum rei sitae* 880
B) Alcance de la regla *lex rei sitae* 882
II. Régimen legal de los bienes materiales 885
1. Dimensión convencional americana 885
A) Tratados de Montevideo 885
B) Código Bustamante 889
2. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños 890
A) Argentina 890
B) Brasil 896
C) Paraguay 898
D) Uruguay 901
Bibliografía complementaria 904

Capítulo 23: Bienes inmateriales 905

I. Derecho de autor 905

1. Derecho de autor: noción y contenido. Su ubicación en los derechos de propiedad intelectual 905
2. La protección de las obras extranjeras 908
3. Reglamentación convencional mundial 910
A) El Convenio de Berna 910
B) La Convención Universal 915
C) El Acuerdo sobre los AADPIC 916
D) Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor 923
4. Dimensión convencional americana: Tratados de Montevideo y convenciones del sistema interamericano 927
5. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños 928
A) Argentina 928
B) Brasil 930
C) Paraguay 931
D) Uruguay 932
II. Derecho de la propiedad industrial 934
1. Reglamentación convencional mundial vigente en los países del MERCOSUR 934
A) El Convenio de París 934
B) El Acuerdo sobre los AADPIC 937
2. Dimensión institucional: el Protocolo de armonización de normas sobre propiedad intelectual en el MERCOSUR, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen 944
3. Dimensión autónoma de los Estados mercosureños 945
A) Argentina 945
B) Brasil 946
C) Paraguay 947
D) Uruguay 947
Bibliografía complementaria 947

Capítulo 24: Obligaciones contractuales: aspectos generales 949

I. Dialécticas básicas de las obligaciones contractuales internacionales 949

1. Liberalismo *vs.* intervencionismo estatal 949
2. Autonomía de la voluntad de los contratantes *vs.* normas imperativas 951
3. Regulación directa *vs.* regulación indirecta 955
4. *Determinación indirecta del derecho aplicable: conexiones* rígidas *vs.* conexiones flexibles 956

II. Autonomía de la voluntad y contratación internacional 959
1. Autonomía reguladora de alcance general 959
2. Arbitraje comercial internacional y *lex mercatoria* 961
3. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 963
4. Autonomía en la elección del juez competente 968
5. Autonomía en la elección del derecho aplicable 972
A) Perspectiva general 972
B) Autonomía conflictual y autonomía material 974
C) Condiciones y alcance de la autonomía conflictual 976

Bibliografía complementaria 977

Capítulo 25: Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños 979

I. Reglamentación convencional "universal" 979
1. Normas de jurisdicción internacional en el proyecto de Convención de La Haya sobre jurisdicción y reconocimiento 979
2. Normas de derecho aplicable en las convenciones internacionales 982
A) Convenciones de normas materiales 982
B) Convenciones de normas indirectas 984
C) Regulación de la contratación electrónica 984

II. Dimensión convencional americana tradicional 988
1. Tratados de Montevideo 988
2. Código Bustamante 994

III. Las obligaciones contractuales en la CIDIP: Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994) 996

1. Ámbito de aplicación 996
2. Autonomía de la voluntad como regla de base *998*
3. Derecho aplicable en defecto de elección 1000
4. Aplicación de las normas de policía 1003
5. Ámbito de la ley rectora del contrato 1003
6. Forma 1005
IV. Jurisdicción internacional en materia contractual en la dimensión institucional mercosureña: Protocolo de Buenos Aires (1994) 1006
V. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 1007
1. Argentina 1007
A) Normas de jurisdicción internacional 1007
B) Normas de derecho aplicable 1008
2. Brasil 1014
3. Paraguay 1016
4. Uruguay 1018
Bibliografía complementaria 1024

Capítulo 26: Modalidades contractuales específicas 1027

I. Contratos con "parte débil" 1027
1. Contratos celebrados por los consumidores 1027
A) Aspectos generales 1027
B) Jurisdicción internacional 1031
C) Derecho aplicable 1034
2. Contratos de trabajo 1035
3. Contratos de seguro 1040
A) Tipología y problemas 1040
B) Reaseguro y coaseguro 1044
4. Referencia a los contratos de adhesión en general 1048
II. Contratos de compraventa: Convención (ONU) sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980) y otros textos 1053
1. Ámbitos de aplicación 1054
2. Formación del contrato 1063

3. Obligaciones y derechos de las partes 1066
4. Acciones y recursos 1069
III. Contratos de distribución 1071
1. Aspectos generales 1071
2. Agencia 1074
3. Distribución 1075
4. Franquicia (*franchising*) 1076
IV. Contratos de transmisión de derechos de propiedad industrial 1080
1. Aspectos generales 1080
2. Licencia 1081
3. Diferencias entre licencia y cesión 1085
V. Contratos bancarios y garantías independientes 1087
1. Aspectos generales 1087
2. Garantías autónomas 1090
3. Cuenta corriente 1096
VI. Garantías mobiliarias 1097
1. Aspectos generales 1097
2. Modelos de reglamentación 1101
A) El modelo norteamericano 1101
B) Las garantías en América Latina 1102
3. Unificación y armonización internacional contemporáneas 1105
4. La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (2002) 1106
VII. Contratos de financiación 1110
1. *Leasing* 1110
2. *Factoring* 1115
3. *Forfaiting* 1116
Bibliografía complementaria 1117

Capítulo 27: Medios de pago 1123

I. Consideraciones generales 1123
1. Pago de las obligaciones pecuniarias y ley del lugar de ejecución 1123
2. Medios de pago autorizados 1125

II. Órdenes de pago y transferencias de fondos 1126
1. Sistemas de transferencia 1126
2. Problemática jurídica 1130
3. Reglamentación uniforme 1132
III. Cobro del papel comercial 1135
1. Cobranzas simples y documentarias 1135
2. Reglas uniformes de la CCI 1136
3. Problemas de ley aplicable 1137
IV. Crédito documentario 1139
1. Naturaleza y estructura 1139
A) Diversas modalidades de pago en los contratos internacionales 1139
B) Concepto y funcionamiento del crédito documentario 1141
C) Naturaleza jurídica 1145
2. Reglas y usos uniformes de la CCI 1146
3. Problemas de ley aplicable 1147
V. Las cartas de crédito contingentes 1149
VI. Tarjetas de crédito 1152
Bibliografía complementaria 1154

Capítulo 28: Obligaciones extracontractuales 1157

I. Noción general de "obligaciones extracontractuales" 1157
1. Heterogeneidad de las situaciones 1157
2. Tendencias de reglamentación: especialización y materialización 1158
II. El lugar de producción del hecho como determinante 1162
1. La atracción del *locus* en materia de jurisdicción internacional y de derecho aplicable 1162
2. Avatares de la regla general 1162
3. Otras soluciones 1169
A) La *lex fori* 1169
B) Ley del domicilio común de las partes 1170
C) Ley del domicilio del damnificado 1170
D) *The proper law of the tort* 1171

E) Norma alternativa 1174
F) Otras propuestas flexibles 1175
III. Reglamentación convencional "universal" 1177
1. Ámbito "universal" en general 1177
2. Las obligaciones extracontractuales en la Conferencia de La Haya 1178
A) Convención de La Haya sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera (1971) 1178
B) Convención de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad derivada de los productos (1973) 1178
IV. Dimensión convencional americana 1180
1. Tratados de Montevideo 1180
2. Código Bustamante 1182
3. Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, entre la República O. del Uruguay y la República Argentina 1182
4. La CIDIP y la contaminación transfronteriza 1188
V. Dimensión institucional mercosureña: Protocolo en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados parte del MERCOSUR (San Luis, 1996) 1191
VI. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 1192
1. Argentina 1192
2. Brasil 1195
3. Paraguay 1196
4. Uruguay 1197
Bibliografía complementaria 1197

Capítulo 29: Títulos valores 1199

I. Aspectos generales 1199
II. Reglamentación convencional "universal". Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931. Convención de las Naciones Unidas de 1988 1202
III. Dimensión convencional americana 1209
1. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 1209

2. Código Bustamante 1212
3. Los títulos valores en CIDIP 1215
A) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (Panamá, 1975) 1215
B) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques (Panamá, 1975 / Montevideo, 1979) 1217
IV. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 1220
1. Argentina 1220
2. Brasil 1226
3. Paraguay 1229
4. Uruguay 1229
Bibliografía complementaria 1237

Capítulo 30: Transporte 1239

I. Aspectos generales del contrato de transporte 1239
II. Transporte terrestre 1246
1. Dimensión convencional americana clásica 1246
A) Tratados de Montevideo 1246
B) Código Bustamante 1247
2. La nueva dimensión convencional americana 1247
A) Primeras tentativas de regulación material 1247
B) Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera (Montevideo, 1989) y la CRT 1248
C) El Documento "uniforme" de la CIDIP VI (Washington, 2002) 1249
III. Transporte marítimo 1252
1. Aspectos generales 1252
A) Contratación marítima internacional 1253
B) Privilegios e hipotecas marítimas 1257
C) Responsabilidad del propietario y/o armador del buque 1257

D) El abandono liberatorio y la limitación de responsabilidad de los propietarios y armadores de buques 1259
E) Avería gruesa, asistencia y salvamento y abordajes 1260
F) Embargo y arresto de buque 1262
2. Incidencia del derecho uniforme 1262
3. Dimensión convencional americana 1263
A) Tratados de Montevideo 1263
B) Código Bustamante 1267
C) Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra sobre transporte fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná 1269
IV. Transporte aéreo 1271
1. Aspectos generales 1271
2. Dimensión convencional americana 1275
A) Tratados de Montevideo 1275
B) Código Bustamante 1276
V. Transporte multimodal 1276
1. Aspectos generales 1276
2. Dimensión convencional americana: Tratado de Montevideo de 1940 1280
3. Dimensión institucional mercosureña 1284
A) Acuerdo de transporte multimodal internacional entre los Estados parte del MERCOSUR (1994) 1284
B) Acuerdo sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados parte del MERCOSUR (Buenos Aires, 2002) 1286
VI. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 1287
1. Argentina 1287
2. Brasil 1290
3. Paraguay 1295
4. Uruguay 1299
Bibliografía complementaria 1307

Capítulo 31: Sociedades comerciales 1309

I. Ley personal de las sociedades comerciales 1309
1. Criterios de determinación 1309

A) Aspectos generales 1309
B) Cambio de sede 1311
C) Las sociedades multinacionales 1313
D) Empresas públicas 1315
E) Grupos de sociedades 1316
2. Ámbito de la *lex societatis* 1317
A) Constitución de la sociedad 1317
B) Derechos y deberes de los socios 1318
C) Representación 1319
D) Disolución y liquidación de sociedades 1320
II. Actividad internacional de las sociedades comerciales 1320
1. Reconocimiento de la personalidad jurídica 1320
2. Derecho de establecimiento principal: el problema del traslado de la sede social 1321
3. Derecho de establecimiento secundario: apertura de filiales y sucursales 1321
III. Fusión internacional de sociedades 1323
IV. Contratos de *joint-venture* y empresas mixtas 1325
V. Dimensión convencional americana 1326
1. El derecho societario internacional de la región 1326
2. Tratados de Montevideo 1327
3. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (Montevideo, 1979) 1329
VI. Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños 1332
1. Argentina 1332
2. Brasil 1339
3. Paraguay 1340
4. Uruguay 1342
Bibliografía complementaria 1351

Capítulo 32: Concursos y quiebras 1353

I. Aspectos generales 1353
1. Internacionalidad de la quiebra 1353
2. Eficacia extraterritorial de la quiebra 1354

3. Pluralidad de masas y preferencias locales 1355
4. Ley aplicable a las quiebras y los concursos 1355
II. Reglamentación "universal": Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 1358
III. Dimensión convencional americana 1364
1. Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 1364
2. Código Bustamante 1371
III. Dimensión auónoma de los sistemas mercosureños 1373
1. Argentina 1373
2. Brasil 1386
3. Paraguay 1389
4. Uruguay 1392
Bibliografía complementaria 1396

Obras generales de DIPr y DComI 1399
Índice de contenido 1409