

RICARDO R. BALESTRA

**DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO**

PARTE ESPECIAL



ABELEDOPERROT

RICARDO R. BALESTRA

Abogado. Premios universitarios, Tedín Uriburu y Salvat. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad del Museo Social Argentino. Vicepresidente mundial de la Rama Argentina de la International Law Association. Ex director general de Provincias del Ministerio del Interior. Ex director nacional de Inversiones Extranjeras en la Presidencia de la Nación. Diputado de la Nación M.C. Ex presidente mundial de la International Law Association. Ex profesor titular de Derecho Internacional Privado en las Universidades Notarial y Argentina de la Empresa.

RICARDO R. BALESTRA

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE ESPECIAL



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1061-2

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2º, 9º, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

INTRODUCCIÓN *

Como lo hemos expresado al tratar la Parte General del Derecho Internacional Privado, de la clara comprensión de sus principios básicos dependerá la lógica misma para el enfoque de la Parte Especial.

Esta última, sin el aporte básico de aquellos principios puede parecer un conjunto inarmónico de disposiciones, unas veces caprichosas u otras, resultado de la transacción convencional o el compromiso doctrinario.

Apoyadas, en cambio, en su genuina lógica fundamental y en la filosofía de sus principios rectores la Parte Especial de la materia puede contar ya también con un hilo conductor similar al que nos permitiera resolver adecuadamente los problemas de la Parte General.

Como anticipáramos al tratar de ésta, en la Parte Especial del Derecho Internacional Privado hemos de abordar las materias clásicas de los derechos civil, comercial, penal y procesal internacionales y del derecho de la forma que reviste particular trascendencia en nuestra disciplina cuando se trata de la validez extraterritorial de los actos precisamente según su forma.

A todas estas materias, hemos agregado más recientemente el derecho de las Relaciones Económicas Internacionales, donde incluimos entre otras a la contratación financiera internacional, la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la integración de los mercados nacionales y regionales.

* La doctora Graciela Oliva colaboró con el autor en la supervisión de esta obra.

PRIMERA PARTE
DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

DOMICILIO Y NACIONALIDAD

1. CONCEPTO E HISTORIA

Según sostiene la escuela latina acerca del objeto del Derecho Internacional Privado, éste comprende, además de los conflictos de leyes (escuela germana) y los conflictos de las jurisdicciones (escuela anglosajona), las cuestiones acerca de la nacionalidad y el trato al extranjero.

Ahora bien, el concepto de la nacionalidad es una creación reciente, aparecida en el siglo XIX y plasmada en el Código Civil de los franceses o Código Napoleón de 1804.

Pero antes de esta aparición de la idea de nacionalidad, estrechamente vinculada a una noción de derecho público, las relaciones jurídicas de las personas —el estatuto o ley personales de los primeros estatutarios— estaban sustancialmente reguladas por el derecho de su domicilio.

Se hablaba y se sigue hablando, sí, del trato al extranjero. Pero el concepto de extranjero que existía en la antigüedad necesariamente debía ser algo distinto al de “no nacional”, como rápidamente podríamos definirlo en la actualidad.

Y ello porque no había naciones y por ende tampoco nacionales.

Sin embargo, había extranjeros. ¿Quiénes eran, pues, tales extranjeros?

Básicamente, aquellos que recibían de la autoridad un trato jurídico diferenciado al del ciudadano local.

Así los isoteles y metecos en Atenas, o los ciudadanos y peregrinos, patricios o plebeyos en Roma.

No había, entonces, soberanías legislativas diferentes que permitieran el surgimiento de conflictos de leyes o de jurisdicciones al estilo de los que observamos modernamente.

Pero sí, bajo una autoridad política común, en el caso de los imperios como el Romano, se discernía un trato jurídico diferente a ciudadanos o personas localmente domiciliadas y extranjeros.

El domicilio local era una alternativa posible de distinción entre las personas. Pero también había distingos por razones de raza, religión, *status* social o económico.

Todos aquellos que tenían, entonces, un trato diferenciado —por la ley— con respecto al ciudadano local recibían la denominación genérica de extranjeros y para ellos era necesario encontrar una regulación apropiada en cuanto a sus derechos y obligaciones específicas.

a) Roma: ciudadanos y peregrinos

Por ejemplo, en Roma se creó para los peregrinos que provenían de distintas partes del Imperio la institución del pretor peregrino, encargado de resolver las cuestiones relativas a aquéllos.

Existía, pues, en el antiguo Derecho (y recordemos que precisamente el Derecho Romano junto al canónico son los que inspiran a Savigny para formular su doctrina de la comunidad jurídica de los Estados), como parte del objeto del Derecho Internacional Privado, el trato al extranjero.

Esta materia, antes o después de la aparición de las nacionalidades, sigue subsistiendo como parte del objeto de nuestra materia, tanto en sus ramas tradicionales como en las más modernas, y en todas ellas afecta los derechos de los extranjeros en un país al que son ajenos.

b) El principio de igualdad

Esta afectación en unos casos es para igualarlos —principio de los arts. 16 y 20 de nuestra Constitución Nacional— y en otros para mejorarlos —derechos de repatriar capitales o transferir sus utilidades para los inversores extranjeros— o finalmente para disminuirlos: prohibición a los extranjeros de ser propietarios de tierras en zonas de frontera u ocupar cargos públicos o privados reservados a los nacionales.

Pero en todos los casos, antes como ahora, puede distinguirse el trato al ciudadano local del trato al extranjero, entendido éste (el extranjero) como todo aquel que estando sujeto a una sola o más de una soberanía legislativa, está a la vez sometido a un trato jurídico diferencial respecto al ciudadano local.

Para tratar, pues, los temas de la nacionalidad y el domicilio hemos de tener en cuenta principalmente el antedicho e importante distingio.

Ahora bien, nacionalidad o domicilio son las dos alternativas virtualmente dominantes para regular el denominado estatuto personal.

Este comprende aspectos básicos de la personalidad: su existencia, estado, capacidad, relaciones de familia (basadas generalmente en el parentesco) y su derecho de sucesión, entendido éste como la consecuencia jurídica de la desaparición de la persona.

c) Invariabilidad de la persona: *Glosa de Accursio*

El carácter esencial de invariabilidad de la persona, particularmente de la humana o persona física, es el que fundamenta con mayor claridad el respeto de su condición precisamente de tal.

Y así quedó reconocido en la aparición convencional del Derecho Internacional Privado con la *Glosa de Accursio*.

Obsérvese que Accursio glosaba un texto del Código de Justiniano en el título “De la Suma Trinidad y la Fidelidad Católica” según el cual “Todo aquel que profesara la religión enseñada por San Pedro Apóstol a los romanos —sería considerado— como cristiano católico en cualquier parte del Imperio”. He ahí el carácter invariable de la persona cuando aún no había conflicto de leyes. Sólo podría existir el trato diferenciado al extranjero, plebeyo, peregrino, etcétera.

Pero todos y cada uno, los que observaran dicha religión, serían cristianos católicos en cualquier parte del Imperio.

Cuando Accursio, pues, glosa dicha ley religiosa para asegurar la estabilidad del comercio en las ciudades-estado del norte de Italia, debe necesariamente reconocer *mutatis-mutandi* la misma condición de invariabilidad en su persona al boloñés aun cuando se trasladase para contratar a Módena. Su capacidad, al efecto, seguiría siendo regulada por el estatuto o ley de Bolonia (ley personal) y no por el de Módena (ley territorial). La finalidad perseguida por Accursio al glosar aquel texto del Código Romano era tanto para el caso específico, como para la finalidad genérica misma del Derecho Internacional Privado: asegurar la certeza y la estabilidad en las relaciones entre particulares, cuando en dichas relaciones hubiera uno o más elementos ajenos a la soberanía legislativa local.

Tales certeza y estabilidad se hubiesen visto seriamente afectadas y, con ellas, el desarrollo del incipiente comercio, caso de desconocerse un atributo tan caro a la seguridad jurídica de la persona, como es el reconocimiento de su capacidad adquirida.

En este orden de ideas, y hasta la aparición moderna del concepto de la nacionalidad, era fundamentalmente el domicilio el que determinaba la ley aplicable a la persona física.

El domicilio, entendido como asiento o sede principal de la actividad genérica del individuo, es el que debe, pues, regir el conjunto de las antedichas materias reservadas al estatuto de la persona: existencia, estado, capacidad, derecho de familia y sucesión. Dicho esto desde luego en términos generales.

d) Excepciones a la ley personal

Como hemos de ver más adelante en el desarrollo específico de los temas de la Parte Especial de la materia, y en particular del derecho civil inter-

nacional, existen excepciones al principio general de aplicar a la capacidad de la persona, su ley personal.

Excepciones éstas en las que, por hallarse involucrados aspectos relativos al orden público internacional o extraterritorial, las naciones, regiones o Estados con soberanía legislativa propia, se reservan el derecho de aplicar su ley local o territorial para decidir cuestiones atinentes a la capacidad.

Así, por ejemplo, ocurre con la capacidad para contraer matrimonio o ciertas incapacidades especiales de derecho, como las que impiden a padres, tutores o curadores contratar con sus representados.

Pero son, éstos, casos de excepción que, por cierto, no invalidan el criterio general de normal regulación del elemento personal por la ley de su domicilio o nacionalidad.

Estos constituyen, como decíamos, el asiento o sede de la relación jurídica personal.

Más genéricamente se ha utilizado también la expresión “puntos de conexión” referida a los medios técnicos empleados para vincular, en la norma indirecta, a las relaciones jurídicas con sus respectivos derechos aplicables. En este sentido, el domicilio, la nacionalidad, el lugar de celebración del acto o el lugar de situación de las cosas son, en el Derecho Internacional Privado, diversos puntos de conexión aplicables a también diferentes relaciones jurídicas para determinar el derecho que corresponde aplicar a las mismas o su jurisdicción —eventualmente— competente.

Digamos que por el simple hecho de la aparición más reciente del sistema de la nacionalidad, el domicilio existe como punto de conexión en la norma indirecta (o regla de Derecho Internacional Privado propiamente dicha) prácticamente desde la *Glosa de Accursio* de 1228 hasta la aparición del Código Napoleón de 1804. Es decir, durante casi seis siglos el domicilio tuvo una primacía única como punto de conexión determinante de la ley personal.

Desde luego, ello con matices y variantes.

e) *Origo* y domicilio

Así, por ejemplo, en el Derecho Romano los ciudadanos tenían *origo* y domicilio propiamente dicho, como resultantes de la vinculación entre una persona y un lugar.

Los no ciudadanos, en cambio, sólo tenían domicilio.

El *origo* o domicilio de origen atribuía a los ciudadanos condiciones de derecho público como privado y procesal.

A la vez el *domicilio*, equivalente a nuestro concepto actual de domicilio real, lugar donde la persona vive con ánimo de permanecer en él, resultaba determinante de la jurisdicción aplicable a dicha persona.

El *origo* no era susceptible de ser cambiado. El domicilio, sí.

Alguna relación parece, pues, encontrarse entre aquel concepto de *origo* y el más moderno de nacionalidad, vínculo de derecho público entre una persona y una suerte de entidad espiritual y jurídica a la que pertenece, denominada Nación.

f) El sistema de la nacionalidad

Esta concepción última, la de la nacionalidad, resulta consagrada legislativamente en el Código Napoleón.

Pero, desde el punto de vista doctrinario, es Pascual Estanislao Mancini quien, a partir de sus conferencias en Turín, promueve el sistema de la nacionalidad como principal fundamento doctrinario para la unidad de Italia.

Hemos desarrollado ya en la Parte General de la materia el pensamiento de este autor fundamental de nuestra disciplina.

Conviene, sin embargo, recordar que la doctrina política es la que da fundamento al citado sistema de la nacionalidad.

Pues éste es, en último análisis, un vínculo de derecho público que sin embargo produce efectos en el ámbito del derecho privado.

Los tres principios rectores de Mancini: *libertad, nacionalidad y soberanía* surgen precisamente como pilares para la construcción de la unidad de Italia, dividida por entonces en varios reinos dispersos.

La *libertad*, para estar Italia en un pie de igualdad e independencia con respecto a las demás naciones, iba a implicar para los particulares también la libertad de elegir el derecho aplicable a sus convenciones privadas, que es tanto como el principio universalmente consagrado de la autonomía de la voluntad, también en la fundamentación jurídica de Savigny. Esta era, en el criterio de Mancini, la llamada *Parte Voluntaria* del Derecho. Pero existía también, a su criterio, una llamada *Parte Necesaria*, que involucraba las materias del estatuto personal y que derivaba del principio mismo de la *nacionalidad*.

Tal nacionalidad era, en su concepción, el vínculo esencial de la persona, a la vez que entidad jurídica nacida del emprendimiento común de personas unidas por vínculos permanentes: su raza y religión, cultura, lengua y tradiciones; imbuidos además, y fundamentalmente, del propósito de integrar aquel emprendimiento que a todos los albergaba: la Nación.

En el orden del derecho privado, es decir de las relaciones entre particulares, el ideal de Nación, llevado al derecho positivo, dejaba, como consecuencia jurídica más notoria e importante, la de regular el elemento personal para afianzar el vínculo de la persona con su tierra y con su patria; para hacer extensivo, mediante el *ius sanguinis*, dicho vínculo a sus hijos y a los hijos de sus hijos y para consolidar, en fin, el régimen jurídico público del cual nace precisamente la nacionalidad, con lo que Savigny llamaría, dominio del Derecho que le resultare aplicable.

Derivados de esta concepción fundamental serían los argumentos lógicos posteriores tendientes a valorar con mayor énfasis a la nacionalidad, como punto de conexión más idóneo para la persona.

2. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA NACIONALIDAD O EL DOMICILIO COMO PUNTOS DE CONEXIÓN MÁS APROPIADOS

Así, por ejemplo, al referirnos a Mancini, señalábamos su criterio respecto al principio de la nacionalidad, que daba precisamente nombre a su sistema también llamado de la nacionalidad.

a) Necesidad y voluntad

El carácter y la raza, la necesidad de proteger a los propios nacionales, cuya existencia y reconocimiento resultaba preciso resguardar particularmente en el proceso de formación de las naciones, son algunos de los fundamentos para sostener, precisamente a la ley nacional, como aquella que debe regular el derecho de las personas.

Por otra parte, se ha dicho también que la nacionalidad, próxima también a la idea del *origo* o domicilio de origen, otorga una mayor certeza acerca del estado de las personas. El domicilio, en cambio, podría estar sujeto a cambios, conforme a los clásicos criterios de traslado de la persona acompañado del ánimo de permanecer en un lugar determinado. No así la nacionalidad que, una vez obtenida por el nacimiento o la condición de hijo de determinada persona, resultaría inmutable.

A su vez, el domicilio ofrece la ventaja de ser, por elección de la persona o presunción legal, el lugar donde el individuo ejerce sus actividades habituales.

Como hemos de ver al tratar particularmente acerca de las personas jurídicas, la presunción legal puede dar lugar a la existencia de domicilios distintos en donde actúa efectivamente tal persona, y el lugar donde se ha constituido o el que indican sus estatutos, todos los cuales pueden diferir entre sí.

Esto da lugar a distinciones, según el modo de actuación de las referidas personas jurídicas.

Pero con respecto a las personas físicas, pareciera que la mayor razonabilidad y previsibilidad hacia la ley que les resulte aplicable, se da en el lugar donde han elegido desarrollar su actividad habitual.

Tales razonabilidad y previsibilidad han sido mencionadas en la Parte General, como requisitos fundamentales a observar en el mayor grado posible, a fin de cumplir con la antedicha finalidad de afianzar la certeza y estabilidad de las relaciones entre particulares.

Bien es cierto que las personas, tanto físicas como jurídicas, pueden tener más de un domicilio o, en casos más remotos aún, carecer de un domicilio

fácilmente identificable. Sin embargo, habrá siempre o casi siempre un lugar relativamente más estable de actuación de la persona y que mejor se adecue a las modalidades de tal actuación.

Mancini, al referirse a la Parte Necesaria del Derecho, incluía en ella la existencia, el estado y la capacidad de la persona, pues en su concepción de la nacionalidad, resultaba precisamente “necesario” unificar mediante tal vínculo de derecho público, a los nacidos en Italia y a los hijos de italianos.

El Derecho de la Nación incipiente se aseguraba así su aplicación extensiva a todos sus nacionales. Contribuía a la ansiada unificación del país.

Pero luego, una vez concretada la gran aspiración de alcanzar la nacionalidad, ¿seguiría siendo éste el mejor criterio para regular a aquella persona que “voluntariamente” se trasladaba a otro territorio para vivir o trabajar en él?

Destacamos la expresión voluntariamente, pues el propio Mancini también destacaba la existencia de una Parte Voluntaria del Derecho que, inspirada en la independencia y libertad entre las naciones, venía a implicar en el derecho privado, la libertad de los particulares para elegir el derecho o las reglas que deben regular sus convenciones y contratos.

Ello es tanto como el principio de libertad de las convenciones. Pero, acaso la elección del domicilio, con sus dos elementos clásicamente constitutivos, *corpus* y *animus*, ¿no constituye también una clara expresión de voluntad de la persona?

Claro está que tal expresión de voluntad ha sido alguna vez calificada de fraudulenta y, por lo tanto, viciada en sí misma.

Hemos discutido este tema al tratar el fraude a la ley en la *Parte General* y el pronunciamiento de nuestra Corte Suprema en el caso Mandl.

Pero en todo caso, aun admitiendo la posibilidad de la existencia del fraude a la ley o, más sencillamente, aun en el caso de pluralidad de domicilios —eventualmente determinantes de la ley personal—, la decisión personal en la elección del domicilio parece ser un hecho insoslayable. Y, como tal, da seguridad a la misma persona, y a los terceros que con aquélla se relacionan jurídicamente, de cuál es el ámbito normal cuya ley será aplicable a las respectivas relaciones personales.

Todo ello sin perjuicio de las limitaciones que la violación legal, el orden público o el fraude a la ley (si admitimos a éste) pueden oponer, por vía de excepción, a la normal aplicación del derecho de la persona.

3. CONCILIACIÓN ENTRE AMBOS CRITERIOS

Han existido sucesivos intentos de conciliar los sistemas de la nacionalidad y el domicilio. Entre ellos, podemos mencionar a solo título ejemplificativo, los del Instituto de Derecho Internacional en su Reunión de Oxford de

1880, que admitió en su Regla VI la aplicación subsidiaria de la ley del domicilio al estado y capacidad de las personas, para el caso de que éstas no tengan una nacionalidad conocida, en cuyo caso sí se aplica la ley de la nacionalidad.

La Conferencia de La Haya de 1900 introdujo la fórmula del reenvío, con relación al derecho de contraer matrimonio, regido por la ley nacional, a menos que una disposición de esta ley se refiera expresamente a otra ley. Esta otra ley podría ser por ejemplo la ley del domicilio o la del lugar de celebración del matrimonio.

La *International Law Association* (I.L.A.) en sus reuniones 27^a de París de 1912 y 28^a de Madrid de 1913 fue escenario de la propuesta del profesor holandés José Jitta. En la misma, Jitta propuso tres suertes de “transacciones” entre ambos sistemas de la nacionalidad y el domicilio.

La primera de ellas es nuevamente la del reenvío, conforme a la cual, los Estados que siguen el sistema de la nacionalidad deberán admitir que los extranjeros, de países que siguen el sistema del domicilio, continúen regidos por este último, cuando se encuentren en los primeros países mencionados que siguen, en cambio, el sistema de la nacionalidad.

En segundo lugar, proponía Jitta la adquisición de la nacionalidad de un país, como consecuencia de tener en él un domicilio suficientemente prolongado.

Y, en tercer término, proponía el criterio de elección, por parte de los Estados, entre los principios del domicilio o el de la nacionalidad, pero sentando “de común acuerdo reglas tendientes a dar a los individuos interesados la mayor seguridad jurídica posible”.

Como se vuelve a advertir, la búsqueda de la seguridad jurídica queda nuevamente de manifiesto, cuando se trata de conciliar el régimen legal aplicable al derecho de las personas, como una necesaria consecuencia en la búsqueda de la certeza y la estabilidad en las relaciones entre particulares.

A su vez, el Código Panamericano de 1928 de Antonio Bustamante y Sirvén, dispuso en su artículo 7^o que “cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior”.

Los diversos ejemplos antedichos muestran de modo principal la gravitación indudable de la ley personal (nacionalidad o domicilio) para regular las materias denominadas precisamente del estatuto personal: existencia, estado, capacidad, derecho de familia y sucesión.

4. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Regula en términos generales la capacidad e incapacidad (sin calificar si es de hecho o de derecho) por la ley del domicilio de la persona cualquier sea

el lugar de ejecución de los actos o de situación de los bienes (arts. 6° y 7°, Cód. Civ.).

El mismo principio rige el supuesto de validez o nulidad de actos jurídicos entre vivos o disposiciones de última voluntad respecto a la capacidad o incapacidad de los agentes (art. 941, Cód. Civ.).

Asimismo, se aplica en materia de discernimiento de la tutela de los menores huérfanos (art. 400, Cód. Civ.), declaración de incapacidad por causa de demencia o sordomudez (arts. 400 y 475) y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de la ley 14.394.

Del mismo modo, el último domicilio del causante determina el derecho local aplicable a la sucesión (art. 3283) y el lugar de apertura de la misma (art. 3284, Cód. Civ.)

5. TRATADOS DE MONTEVIDEO

a) **Definición: el artículo 5°**

El primero de los Tratados, el de 1889, reguló la capacidad de las personas por la ley del domicilio, sin definirlo.

El artículo 5°, en su versión de 1889, estableció que la ley del lugar donde reside la persona, determina las condiciones para que la residencia constituya domicilio.

La misma residencia a la vez, determinaba el domicilio de las personas que no tuvieran domicilio (art. 8°, Tratado de 1889).

En 1940 se incluyó una norma de derecho uniforme, el artículo 5° del Tratado de Derecho Civil Internacional, que dispuso:

“En aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

”1° La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él.

”2° A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva.

”3° El lugar del centro principal de sus negocios.

”4° En ausencia de todas estas circunstancias se reputará como domicilio la simple residencia”.

Asimismo, se previó que ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez (art. 6°).

El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, tutela o curatela es el de sus representantes legales, y el de éstos, el lugar de su representación (art. 7°).

Art. 8º: “El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido”.

b) Mujer separada

Art. 9º: “La mujer separada judicialmente (o divorciada) conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido, conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado en otro país, domicilio propio”.

c) Personas jurídicas

Art. 10: “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 domiciliadas en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen”.

d) Cambio de domicilio

Art. 11: “En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar a donde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio”.

CAPÍTULO II

PERSONAS

1. PERSONAS FÍSICAS. ESTADO Y CAPACIDAD

Vico define el estado de la persona como el conjunto de condiciones o calidades jurídicas que le dan una posición dentro de la familia o de la sociedad (estado civil o político) y a la capacidad como ese mismo conjunto de condiciones puesto en acción una vez cumplidos los requisitos que la ley exige.

En rigor, la capacidad es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en virtud de la ley (capacidad de derecho) y para ejercer prácticamente tal aptitud (capacidad de hecho).

Como hemos visto, estado y capacidad, junto a la existencia de las personas, integran la materia del estatuto personal, regida por la ley también de las personas.

Este criterio resulta plenamente aplicable a las relaciones que surgen de los hechos constitutivos del estado: nacimiento, edad, emancipación, interdicción, divorcio, filiación, patria potestad.

Con respecto a la capacidad e incapacidad, además de la ley personal se ha discurrido acerca de la posible aplicación de la ley del lugar del acto y la del lugar de situación de los bienes.

Con relación a la primera de ellas, en algunos casos, razones de orden público y seguridad jurídica pueden tornar admisible su aplicación.

Así por ejemplo en el caso de la ley del lugar de celebración que regula la validez del matrimonio y que en el caso de nuestro país, entre otros, requiere de la *intervención del oficial público*; por razones de la *solemnidad de la forma* esta intervención resulta inexcusable. A la vez, no afecta la seguridad jurídica de los contrayentes, pues tratándose la celebración del matrimonio de un acontecimiento excepcional, exigir que se respeten las modalidades de la ley del acto no toma de sorpresa a los contrayentes que, por otra parte, pueden elegir libremente el lugar de celebración del matrimonio.

a) Doctrina del *favor negotii*

El otro supuesto de interés en que resulta aplicable la ley del lugar de celebración del acto es cuando se trata de la doctrina del *favor negotii*.

Ésta se origina en el famoso caso Lizardi, mexicano que a los 22 años (cuando la ley mexicana establecía la mayoría de edad en 25) adquiere alhajas a crédito en Francia y las paga con letras de cambio.

No habiendo cumplido con su obligación de pago, fue demandado ante la justicia francesa y su tutor opuso la nulidad de los actos en virtud de la incapacidad del pupilo.

La Corte de Casación resolvió en favor de la validez del acto considerando que, en la especie, el comerciante que contrató con Lizardi había actuado sin negligencia, sin imprudencia y de buena fe, con la conducta propia del comerciante en casos análogos, al tratarse de una venta de mostrador y no de una operación documentada o compleja. La persona parecía además capaz por ser mayor de 21 años, límite de la mayoría entonces en el Código francés.

b) El artículo 14, inciso 4º del Código Civil

Nuestro Código Civil en su artículo 14, inciso 4º, trata de lo que Goldschmidt denominara el *favor negotiorum patriae*.

En efecto, dicha norma dispone que “las leyes extranjeras no serán aplicables:

”1º) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o la moral y buenas costumbres;

”2º) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;

”3º) Cuando fueren de mero privilegio;

”4º) Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos”.

Es decir, se trata de una solución similar a la adoptada por la Corte de Casación francesa en el caso Lizardi, pero limitada a la hipótesis de que la ley argentina —en conflicto con otra extranjera— favorezca la validez del acto.

Obsérvese la gravitación señalada del principio de la seguridad jurídica que hace prevalecer la ley que favorezca la validez y no la ineficacia de la relación jurídica, tal como fuera sentado por Accursio en su célebre *Glosa* y como, pese a las contramarchas, resulta de la evolución histórica del Derecho Internacional Privado desde la territorialidad absoluta hacia una mayor extraterritorialidad y, por ende, aplicación del derecho extranjero.

c) Capacidad adquirida

En materia de capacidad, los artículos 138 y 139 hacen prevalecer la ley extranjera del domicilio o la ley del Código según cual sea más favorable a la capacidad de la persona, tanto para el caso del mayor de edad o del menor emancipado.

En sentido concordante, el Tratado de Montevideo de 1940 en su artículo 2° dispone que “el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida”.

En materia de ausencia, el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 mantiene el buen criterio del último domicilio para determinar la jurisdicción competente para declarar la ausencia (art. 57).

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia con respecto a los bienes del ausente se determinan por la ley del lugar de su situación. En tanto las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán reguladas por la ley que anteriormente las regía (art. 12).

En materia de tutela se la regula siguiendo el criterio de protección de los intereses del menor, variando la designación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente según se trate de cuestiones relativas a las personas o a los bienes de situación permanente.

Así, en materia de discernimiento de la tutela, el artículo 400 de nuestro Código Civil dispone que corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio el día de su fallecimiento.

El artículo 401 prevé los supuestos de cambio de domicilio de los padres, del país al extranjero o viceversa. Así, en caso de que éstos tuvieran su último domicilio en el extranjero al tiempo de su fallecimiento, corresponderá discernir la tutela al juez de su última residencia en el país; si, en cambio, tuvieran su domicilio en el extranjero cuando se trataba de constituir la tutela, corresponderá el discernimiento de la tutela al juez de su domicilio actual.

Por su parte, el Tratado de Montevideo de 1940 dispone que el discernimiento de la tutela y de la curatela se rige por la ley del domicilio de los incapaces (art. 25).

En cuanto al cargo de tutor o de curador discernido en alguno de los Estados signatarios, será reconocido en los demás. A su vez, la obligación de ser tutor o curador y las excusas pertinentes se rigen por la ley del domicilio de la persona llamada a la representación (art. 26).

Los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela y de la curatela se rigen por la ley del lugar de domicilio de los incapaces (art. 27).

Como excepción al sistema domiciliar y en razón de su naturaleza misma, las medidas urgentes se rigen por la ley del lugar de residencia de tutores y curadores (art. 30).

En materia de bienes, según el Tratado de 1889, todo lo relativo a las facultades y obligaciones de los tutores y curadores sobre bienes de los incapaces fuera de su domicilio estaba regulado por la ley del lugar de su situación.

Con mejor criterio, el Tratado de Montevideo de 1940 introdujo la concepción de las materias de estricto carácter real.

Conforme al artículo 32 estas materias se refieren a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

Y al referirse a los bienes de los incapaces, el artículo 28 regula las facultades de los tutores y de los curadores sobre ellos por las leyes de su domicilio —de los incapaces—; excepto a las prohibiciones que sobre materias de estricto carácter real contuviera la ley del lugar de situación de los bienes.

El artículo 29 prevé la posible existencia de la hipoteca legal, suerte de garantía que las leyes suelen acordar en protección de los intereses pupilares.

La resolución del artículo admite la hipoteca legal en un supuesto de acumulación coincidente entre la ley donde se ejerce la tutela y la del lugar de situación de los bienes.

Por último, el artículo 31 se refiere a la remuneración de tutores y curadores, a la que regula por la ley del lugar donde fue discernida la representación.

2. RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

a) Ley personal

Del juego e interpretación armoniosos de los artículos 6º, 7º, 8º y su nota, 948 y 949, 3286 y 3612, resulta que en nuestro Derecho tanto la capacidad e incapacidad de hecho como de derecho se rigen por la ley del domicilio de la persona. Resultan una excepción a tal criterio las disposiciones mencionadas en la nota al artículo 949, que son de Orden Público Internacional de nuestro Código, con respecto a ciertas incapacidades de derecho contempladas en el Libro I del Código: padres para contratar con sus hijos, tutores con sus pupilos, curadores con sus representados, abogados o jueces sobre los bienes sometidos a litigio por ejemplo.

En cambio, la disposición del artículo 10 del Código Civil relativa a que “la capacidad para adquirir bienes raíces” quedaría regulada por la ley territorial debe entenderse remitida a las normas de los artículos 6º y 7º que regulan la capacidad en el Derecho Internacional Privado argentino.

Lo contrario, por vía de la interpretación literal del artículo 10, significaría volver a los tiempos previos aun a la *Glosa* de Accursio, que consagró el respeto extraterritorial de la capacidad adquirida.

b) Materias de estricto carácter real

Desde luego que sí obran como límites a la capacidad de la persona regida por la ley de su domicilio (si está ésta en el extranjero) las limitaciones

que existen en nuestro país sobre materias de estricto carácter real en cuanto a los derechos posibles de adquirir según nuestro derecho. Así no sería posible constituir en la Argentina un derecho real ignorado por las leyes del país.

En otro orden, la excepción antes mencionada acerca de que las incapacidades de derecho que menciona el artículo 9° o las ya citadas en la nota al artículo 949 son territoriales y constituyen también una valla a la aplicación de la ley personal extranjera, normalmente reguladora de la capacidad.

En lo que hace al régimen del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, mantiene en 1940 el mismo criterio del Tratado de 1889, regulando la existencia, estado y capacidad de las personas físicas por la ley de su domicilio.

Y agrega, además, en el artículo 1° una disposición de singular mérito por introducirse en plenos comienzos de la Segunda Guerra Mundial: "...No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de raza, religión, nacionalidad u opinión".

3. LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hemos analizado parcialmente esta materia en nuestras obras. Allí examinamos su condición antes y después de la reforma a nuestro Código Civil ¹.

a) Naturaleza

Pero cabe ahora detenemos en una cuestión conceptual: ¿Cuál es la naturaleza de la persona jurídica? ¿Es un ente ideal creado por el hombre y reconocido por el Estado? ¿Es un sujeto de derecho, reconocido por este mismo derecho? ¿O resulta acaso la expresión de un acto jurídico, lícito y válido, resultante del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y generador de derechos adquiridos, territorial y extraterritorialmente inviolables?

Nuevamente, como al tratar de la aplicación del derecho extranjero, esta cuestión se vincula con los fundamentos mismos del Derecho Internacional Privado.

En tiempos de la escuela estatutaria holandesa del siglo XVII prevalecía el criterio de que la aplicación del derecho extranjero resultaba de una gracia o concesión de los jefes de Estado. Era la *comitas gentium ob reciprocam utilitatem* —a la que tanto se refiriesen Ulrich Huber, Juan y Pablo Voet entre otros— o cortesía de utilidad recíproca.

¹ *Nacionalidad, Control y Régimen Internacional de las Sociedades*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969; *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

Los holandeses, resguardando celosamente el fluido comercio de su importante Liga Hanseática, procuraban afianzar la certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas de sus navegantes de ultramar. Este propósito resultaba estrechamente unido a la finalidad misma de seguridad jurídica, particularmente significativa en nuestra disciplina.

Pero el fundamento utilitario no reconocía un fundamento jurídico sino una razón práctica: el respeto de la actuación extraterritorial de los holandeses bajo condición de reciprocidad en favor de los extranjeros actuantes en Holanda. Esta concepción utilitaria para la aplicación del derecho extranjero ejercería influencia en Story, Freitas y nuestro codificador.

Por otro lado y más contemporáneamente, Savigny desarrollaba en la Confederación Germánica del siglo XIX su magnífico *Sistema de Derecho Romano Actual*. Y en el último de sus tomos establecía el fundamento jurídico de los límites a la aplicación de las reglas de derecho, la comunidad jurídica de los Estados que habría de plasmarse en su regla de solución: aplicar a cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con su naturaleza propia y esencial, fueran los elementos de la relación nacionales o extranjeros.

Curiosamente, al tratar de las personas jurídicas, Savigny desarrolló el sustento de éstas en la teoría de la ficción. Ficción ésta creada a su criterio por el legislador.

Es cierto que las personas ideales, morales o jurídicas tienen algo o mucho de ficticias si se las compara con las personas físicas.

Cierto es también que al ser personas de derecho dependen, si no de la creación por el legislador, cuando menos de su reconocimiento.

Lo que debe señalarse y resulta más fácil de hacer en nuestro tiempo, es que las personas jurídicas son en todo caso sujetos de derecho que tienen una entidad jurídica propia y que, a menos que no estén legalmente constituidas, deben ser reconocidas en cualquier lugar en que actúen.

Así lo requiere precisamente aquel fundamento de la comunidad jurídica de los Estados que significa precisamente un “mínimo de equivalencia de las instituciones jurídicas” de que hablaban Pillet y Niboyet, lo que permite la aplicación indiferente del derecho de unos Estados en otros.

La comunidad jurídica de los Estados es, en último análisis y no la teoría de la ficción, el fundamento para reconocer la “actuación extraterritorial de las personas jurídicas o de existencia ideal”.

No está alejado de este criterio el pensamiento de Vico cuando en su *Curso*² habla del reconocimiento de la persona jurídica como reconocimiento también de su acto jurídico creador.

² VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, comp. por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, 2ª ed., Buenos Aires, 1934.

La validez de los actos jurídicos expresa también el reconocimiento del legislador a creaciones voluntarias y lícitas de los hombres, destinadas precisamente a producir consecuencias jurídicas.

A su vez, tales creaciones lícitas nacen del principio de libertad de las personas que también y fundamentalmente consagran las cláusulas de reserva de las constituciones que siguen el sistema del Estado de Derecho.

Asimismo, cuando tales actos jurídicos resultan bilaterales, generan derechos y obligaciones que caracterizan a los contratos, el fundamento de cuya creación vuelve a resultar también la libertad, en este caso de las convenciones, correlato necesario del principio general de la libertad que rige las acciones de los hombres.

b) Grados de actuación

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, al tratar de las personas, establece en su artículo 3º:

“Los Estados y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado de conformidad con las leyes de este último”.

El artículo 4º, a su vez, dispone:

“La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan. Mas, 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.

”La misma regla se aplicará a las sociedades civiles”.

4. LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL O EXTRATERRITORIAL DE LOS ESTADOS

Hemos dicho al tratar de la Parte General, que el papel del Estado determina, en el concepto de Batiffol, la distinción entre derecho público y derecho privado a los fines de nuestra materia.

Así el Estado se desempeña como fuente del Derecho, tanto en el derecho público como en el derecho privado.

Pero mientras en el derecho público actúa además como sujeto del derecho, caso del derecho administrativo; o como objeto del derecho, caso del derecho constitucional; en el derecho privado, en cambio, sigue siendo sólo fuente del derecho. Salvo, claro está, cuando el Estado actúa como persona del derecho privado en los denominados actos *iuri gestionis* o cuando actúa ga-

rantizando obligaciones (de naturaleza privada) contraídas por particulares o por entidades estatales descentralizadas frente a personas físicas o jurídicas extranjeras. Un ejemplo contemporáneo de esta situación se da con respecto de la deuda externa contraída por los países llamados del Tercer Mundo.

En la negociación de la misma aparecen actuando como protagonistas los Estados, si bien se trata de obligaciones del derecho privado que adquieren de tal modo un matiz de “publicización” mayor, en razón precisamente de la señalada participación del Estado.

Ahora bien, la doctrina señala asimismo dos variantes específicas —en el Derecho Internacional Privado— de la actuación extraterritorial del Estado. La primera, que desarrolla en su *Curso*³ el maestro Vico, se refiere a la actuación privada extraterritorial del Estado.

Recordemos que el Código Civil de Vélez Sarsfield consideraba al Estado como una persona de existencia necesaria. La disposición respectiva del artículo 33 del Código Civil fue modificada por la reforma de la ley 17.711, que consideró al Estado como una persona de carácter público.

En el mismo sentido y conforme al artículo 34 —que no fue modificado— deben considerarse las personas jurídicas extranjeras.

Parece razonable señalar que los Estados pueden realizar actos privados de gestión en otros países sin requerir de autorización especial. Va de suyo que dichos actos conllevan el carácter de aislados, pues, con habitualidad, los Estados sólo realizan en el exterior actos vinculados a su entidad pública, cuales son la representación diplomática o consular.

Pero cuando dichas representaciones contratan, compran, venden, alquilan, etcétera, ninguna duda cabe de que están realizando actos que derivan de su condición de sujetos de derecho y que por lo tanto no necesitan de una autorización especial.

Casos como los de Zappa y Plessis-Bellièrre, citados por Vico, en los que se discutía el mayor o menor alcance de la personalidad jurídica de los Estados de Grecia y el Vaticano, actuando el primero en Rumania y el segundo en Francia concluyeron en una transacción.

El supuesto de la adquisición de una finca por el consulado del Paraguay en Formosa (Argentina) contó con el dictamen favorable en 1924 de nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores.

a) Inmunidad jurisdiccional de los Estados y prórroga de jurisdicción

Más delicada parece en cambio la cuestión de la llamada “inmunidad jurisdiccional de los Estados” y la “prórroga de jurisdicción”.

³ VICO, Carlos M., *Curso...*, cit.

En nuestra tesis doctoral sobre “El papel del Derecho Internacional Privado en la relación económica contemporánea” analizamos el tema al tratar de la contratación financiera internacional ⁴.

b) Ley permanente de presupuesto

Decíamos allí al tratar del derecho aplicable y la jurisdicción competente en dicha contratación financiera:

“Ocurre que, a menudo la práctica de los negocios internacionales con empresas y organismos financieros internacionales, y hoy en día nuestro propio derecho vigente (art. 7° de la ley 20.548 de presupuesto permanente, de 1973) establecen las facultades de delegar en jueces o árbitros extranjeros la facultad soberana de nuestros tribunales para entender en las eventuales controversias en que la Nación —del Estado local de destino del préstamo para la realización de las obras antedichas— actúa como garante o avalista”.

c) Legislación bancaria

Del mismo modo, la autorización otorgada por las leyes 20.461, 21.351 y 21.799 al Banco Nación a fin de prorrogar la jurisdicción en tribunales extranjeros. En sentido análogo, las leyes 20.758 y 21.629 otorgaron análoga autorización al Banco Nacional de Desarrollo.

d) Código Procesal Civil y Comercial

A su vez, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificado por las leyes 21.305 y 22.434, permite la prórroga de la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales y mediando conformidad de las partes. Si se trata de asuntos internacionales, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga estuviere prohibida por la ley.

Por su parte, las Convenciones de La Haya del 15-IV-1958 sobre compraventa internacional de mercaderías y del 25-XI-1965, citadas por Boggiano ⁵, admiten la prórroga en compraventas de carácter internacional (la primera) y la elección del tribunal en relaciones internacionales (la segunda).

⁴ Ver tesis cit., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.

⁵ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 277.

El tema, volviendo a nuestra tesis, ya había sido objeto de discusión en el VII Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires en el año 1969.

Asimismo, algunos casos habrían de adquirir cierta trascendencia con motivo de contratos firmados por la Nación en garantía de compromisos suscriptos por sus entidades autárquicas.

El problema práctico consistió en que, establecido el derecho aplicable extranjero para dirimir controversias de Derecho Internacional Privado en que la capacidad económica de una de las partes —país en vías de desarrollo— sea menor, o designada la jurisdicción de tribunales o árbitros extranjeros para entender en el caso, las seguridades ofrecidas por tales jueces y tribunales no son naturalmente las mismas, para el país receptor de tales préstamos, que las que ofrece la actuación de su propia justicia y la aplicación de su derecho nacional al caso iusprivatista.

Ello derivaba de la gran dificultad de encontrar tribunales internacionales que ofrezcan garantías suficientes de imparcialidad frente a controversias de esta índole y a la insuficiencia misma del derecho tradicional para proveer soluciones de equidad frente a la aparición de las modernas empresas multinacionales, cuyos ingresos y ganancias superan en varios casos a los de muchos países, aun de aquéllos desarrollados e industrializados.

A la inversa, se esgrimía un argumento que merece ser considerado: resulta difícil sostener la aplicación del derecho o la competencia de los tribunales nacionales cuando nuestros países resultan deudores en el orden internacional y pretender el imperio también de nuestro derecho y jurisdicción cuando nuestros países son acreedores internacionales.

La regla de solución parece encontrarse en la aplicación de los principios de Savigny reguladores de las obligaciones y contratos de orden extraterritorial.

A su vez, Antonio Boggiano trata la cuestión en su obra ⁶, Capítulo VII, en que analiza la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de las organizaciones internacionales.

e) Legislación argentina anterior

En torno de la normativa del decreto-ley 1285/58 y su modificatorio 9015/63, con más reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y otros tribunales inferiores, nuestro Derecho hubo de establecer el principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en nuestro país. Dichos Estados sólo podían ser demandados ante nuestros tribunales si mediaba su conformidad expresa.

⁶ BOGGIANO, A, *Derecho...*, cit.

Todo ello con la salvedad de que en un caso concreto y por decreto especial del Poder Ejecutivo nacional se declarase la falta de reciprocidad del respectivo Estado extranjero para con nuestro país, disposición ésta, como veremos, surgida a propósito del caso Gronda (dec. 9015/63).

En tal supuesto, por cierto nunca ejercido, de declaración de falta de reciprocidad en un caso concreto, el Estado extranjero en cuestión quedaría sujeto a la jurisdicción de los tribunales argentinos.

Tal es la doctrina que resulta de los casos “Zubiaurre c/ Gobierno de Polonia” (C.S., 8-VI-1899); “Baima y Bessolino c/ Gobierno del Paraguay” (C.S., 26-II-1916); “Mac Lean, Carlos A. c/ Gobierno de los Estados Unidos de América” (C.S., 2-IX-1975); “Samuel Gómez c/ Embajada Británica” (C.S., 24-VI-1976); “Hinze, Juan C. c/ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” (Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala I, 30-IV-1987).

Ahora bien, en los casos en que el Estado extranjero en cuestión no se aviniese a prestar su conformidad para ser sometido a juicio en nuestro país, cabía preguntarse si no existía en tales supuestos una suerte de denegación de justicia. Fallos y dictámenes legales nuestros se han inclinado a sostener que cabía siempre una acción ante los tribunales del respectivo país extranjero y, en subsidio, una acción ante nuestros tribunales contra el Estado argentino para evitar la posible denegación de justicia.

Esto último —supuestamente— por no haber garantizado debidamente, mediante el dictado del decreto declarando la falta de reciprocidad previsto en el decreto 9015/63 o mediante algún otro mecanismo, la plena judicabilidad de los actos —*iuri gestionis* fundamentalmente— realizados por los Estados extranjeros en nuestro país. Creo que en esta temática cobraba y cobra singular importancia la tarea de asesoramiento jurídico destinada a prevenir posibles conflictos.

En tal sentido y respetando el papel preeminente del principio de la autonomía de la voluntad, fundamental en la materia contractual, quienes contraten con Estados extranjeros en materias del derecho privado, debieran prever, mediante cláusulas contractuales específicas, la jurisdicción competente destinada a resolver cualquier controversia sobreviniente.

De esta manera, si la jurisdicción designada —por el Estado extranjero y su co-contratante— fuese la de los tribunales argentinos, tal designación debería ir acompañada de una renuncia expresa a la inmunidad jurisdiccional por el Estado extranjero y para el caso específico del contrato en cuestión.

La sola constitución de un domicilio especial, para todos los efectos del contrato, no ha sido interpretada por la jurisprudencia de nuestros tribunales como un acto de renuncia expreso a la inmunidad de la jurisdicción.

Así, mediante la antedicha previsión contractual que incluye, cuando hubiere acuerdo, la eventual renuncia a la inmunidad jurisdiccional, habrán de colocarse en un marco de certeza y estabilidad jurídica plenas las relacio-

nes entre particulares y Estados extranjeros, evitando así toda forma de denegación de justicia, obstrucción de las vías judiciales o simplemente postergación de las posibles soluciones judiciales.

5. UNA PREVISIÓN FUNDAMENTAL

Nuevamente la finalidad principal del Derecho Internacional Privado, afianzar la certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, debe orientar el criterio para decidir una cuestión tan delicada como es la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Quien contrate con un Estado extranjero debe prever expresamente no sólo la posible constitución de un domicilio especial para cualquier efecto o interpretación del contrato, sino además y principalmente la renuncia expresa a su inmunidad de jurisdicción por el Estado extranjero para la materia de derecho privado regulada por el contrato respectivo. De tal modo no habrá dudas, si sobreviniese un litigio, de cuál es la jurisdicción competente —que además puede y conviene sea acordada también contractualmente— para entender en el caso.

a) El caso *Fibraca*

Un reciente fallo de nuestra Corte Suprema en autos “Recurso de hecho, *Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, de fecha 7-VII-1993, extiende la inmunidad de jurisdicción a este tipo de entidad binacional, basándose en el artículo 4º del Acuerdo de Sede (aprobado por ley 21.756) que le acuerda tal inmunidad y al carácter de tratado que tal acuerdo reviste en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 1º, inc. a] y 27).

Se modifica así una anterior jurisprudencia de la misma Corte (*Fallos*, 305:2150) que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 4º de la ley 21.756 por violatorio del derecho a la jurisdicción amparado por nuestra Constitución Nacional, por cuanto en dicho caso la Comisión Técnica Mixta Salto Grande no contaba con procedimientos de solución de conflictos. Este vacío quedó superado luego del establecimiento del tribunal arbitral creado por la entidad binacional para tales fines.

Recientemente, también nuestro país asumió en su jurisprudencia primero y en su legislación luego, la buena doctrina en materia de inmunidad jurisdiccional de los Estados. Se distingue así entre actos del Estado como persona de derecho público (*iuri imperii*) y como persona jurídica (*iuri gestionis*).

b) El caso Manauta

Así, en el caso "Manauta Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa" resuelto por la Corte Suprema el 22-XII-1994, dijo nuestro alto tribunal:

"1.- No es aplicable el artículo 24, inciso 3º del decreto-ley 1285/58 - t.o. si no se encuentra en tela de juicio un acto de gobierno del Estado extranjero, sino el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que en modo alguno puede afectar el normal desenvolvimiento de una representación diplomática. Ello así, máxime considerando que una interpretación contraria obligaría al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino, por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales, y poniendo en grave peligro su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional tiende a prevenir.

"2.- El artículo 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/58 - t.o., se refiere únicamente a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no a la de los tribunales federales inferiores (del voto de los doctores Belluscio, Petracchi y Levene).

"3.- El privilegio de la inmunidad absoluta de jurisdicción reconocido por la doctrina de la Corte Suprema a los Estados extranjeros no tiene su origen en el artículo 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/58 - t.o., sino en un principio de derecho internacional público que impedía que en cualquier tipo de causas un Estado extranjero pudiera ser llevado, sin su consentimiento, ante los tribunales de otro país. Sin embargo, la actual práctica jurídica internacional parece excluir de la inmunidad de jurisdicción las demandas fundadas en los derechos laboral y previsional (del voto de los doctores Belluscio, Petracchi y Levene).

"4.- La aplicación del artículo 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/58 - t.o. en los términos de la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados extranjeros no tiene en la actualidad fundamento en el derecho internacional. En consecuencia, no se violan principios de ese derecho ni se conduce al aislamiento de nuestro país en la comunidad internacional si se aplica la teoría restrictiva, máxime cuando se trata del cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, materia en la que debe reconocerse al Estado plena jurisdicción (del voto del doctor Fayt).

"5.- En atención a la práctica actual divergente de los Estados en materia de inmunidad de jurisdicción de las naciones extranjeras, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de derecho internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad.

"6.- La sentencia que resuelve no dar curso a las actuaciones por no existir la conformidad expresa del Estado extranjero para ser sometido a juicio tie-

ne carácter definitivo a los fines del artículo 14 de la ley 48, pues priva a los actores de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus derechos y, por consiguiente, de obtener el eventual acceso a la instancia federal por agravios de naturaleza constitucional.

”7.— Las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros hacen a un principio elemental de la ley de las naciones y, para ello, tienen inequívoco carácter federal que determina que su inteligencia sea establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Entre los fundamentos del voto mayoritario de la Corte se tuvieron en cuenta los antecedentes relativos a la inmunidad restringida de los Estados en el Derecho comparado contemporáneo. Así la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972, la *Foreign Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos de 1976, la *State Immunity Act* de Gran Bretaña de 1978 y el proyecto sobre inmunidad de jurisdicción elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

También tuvieron influencia decisiva pronunciamientos judiciales de tribunales de los Estados Unidos en casos en que el Estado argentino resultaba precisamente demandado, en casos “sumamente controvertibles” (*sic*) como la reprogramación unilateral efectuada por nuestro país de los vencimientos de bonos nominativos en dólares estadounidenses (Supreme Court of the United States, 91-763, Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina, “Petitioners v. Weltover, Inc.”, *et al.*, sentencia del 12-VI-1992).

c) La ley 24.488. Inmunidad y excepciones

Más recientemente fue sancionada la ley 24.488, publicada en el *Boletín Oficial* el 28-VI-1995, sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos.

Dispone en su articulado:

“Artículo 1º.— Los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

”Artículo 2º.— Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

1) *Consentimiento*

”a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;

2) *Reconvención*

"b) Cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;

3) *Actividad comercial. Industrial*

"c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;

4) *Cuestiones laborales*

"d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

5) *Daños y perjuicios*

"e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

6) *Acciones reales*

"f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

7) *Herencia. Legado*

"g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;

8) *Convenio de arbitraje comercial*

"h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar una inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

9) *Derechos humanos*

"Artículo 3°.— Si se presentaren demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al derecho interna-

cional de los derechos humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podrá formular su reclamo, si correspondiere. Asimismo, remitirá copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que tome conocimiento del reclamo y adopte las medidas que correspondan en el orden internacional”.

d) Decreto 849/95

Este artículo fue observado (es decir, vetado) por decreto 849 del 22-VI-1995.

En los fundamentos respectivos se expresa en los considerandos del decreto:

“Que tal norma es contraria a lo dispuesto por el artículo 46, inciso 1º, apartado a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054 e incorporada con rango constitucional a nuestra Ley Fundamental por el artículo 75, inciso 22), que para la admisión por parte de su Comisión de una petición o comunicación exige que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

”Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo del cual la República Argentina es Estado parte, reiteradamente ha sostenido que es preciso antes de acudir a un organismo o tribunal internacional, utilizar los recursos disponibles en el derecho interno que sean de tal naturaleza a suministrar un medio eficaz y suficiente de reparar la queja que constituye el objeto de la acción internacional; que resulta de la letra y del espíritu del proyecto de ley sancionado, se distingue entre actos de imperio de los Estados y actos de gestión administrativa, constituyendo las violaciones a los derechos humanos, por lo general, actos de imperio.

”Que asimismo tienen rango constitucional la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, delitos que pueden dar lugar a responsabilidad civil, por lo que parece impropio denegar el acceso a la justicia para demandar respecto de tales supuestos”.

1) Invocación de inmunidad y aceptación de competencia

Los restantes artículos de la ley 24.488, a su vez, disponen:

“Artículo 4º.— La presentación de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos para invocar la inmunidad de jurisdicción no debe interpretarse como aceptación de competencia.

"La interposición de la defensa de inmunidad jurisdiccional suspenderá el término procesal del traslado o citación hasta tanto dicho planteamiento sea resuelto".

2) Plazos

Artículo 5°.— Los jueces, a pedido del Estado extranjero, podrán ampliar prudencialmente los plazos para contestar la demanda y oponer excepciones".

3) Privilegios anteriores

Artículo 6°.— Las previsiones de esta ley no afectarán ninguna inmunidad o privilegio conferido por las Convenciones de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas o de 1963 sobre Relaciones Consulares".

4) Opinión de la cancillería

Artículo 7°.— En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de 'amigo del tribunal'".

CAPÍTULO III

MATRIMONIO

1. EL PAPEL DEL ORDEN PÚBLICO: CAPACIDAD PARA CASARSE

Definido por Vico como una institución social, el matrimonio presenta, de un modo particular en el Derecho Internacional Privado, una estrecha relación con el concepto del orden público internacional.

Como lo hemos dicho, al tratar la Parte General, este orden público constituye, en materia de conflictos de leyes o jurisdicciones, también el límite a la aplicación del derecho extranjero.

La necesidad social sustantiva de proteger la familia constituida, o a constituirse, rodea al matrimonio de:

a) una serie de formas y solemnidades para su constitución misma, en primer término; un plexo de derechos y deberes personales de los cónyuges, propio de esta institución, luego;

b) un régimen patrimonial que deriva en la existencia de la sociedad conyugal;

c) y finalmente de una normativa propia sobre nulidad y disolución del vínculo matrimonial.

En todas estas materias, relativas a la institución matrimonial, el orden público desempeña un papel relevante.

Así, por ejemplo, el clásico principio de que la capacidad se encuentra regulada por la ley personal, da paso en materia matrimonial a la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Como lo explicara Story, este principio afirma la certeza en el establecimiento del vínculo matrimonial, de otro modo sujeto a una diversidad de leyes posiblemente aplicables al mismo. Dichas leyes, siendo opuestas, podrían hacer al mismo matrimonio válido en un país y nulo en otro, con seria afectación de la seguridad de los contrayentes y de los terceros.

2. EL ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO CIVIL

La más reciente disposición de nuestro Derecho en materia de validez del matrimonio es el artículo 159 del Código Civil reformado por la ley 23.515.

El citado artículo regula las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio 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.

Queda superada así la duda acerca de si el artículo 159 antes de la reforma y posteriormente el artículo 2° de la Ley de Matrimonio Civil 2393, al hablar de la validez del matrimonio, alcanzaba o no a la capacidad —condición intrínseca—, o solamente *a las formas*, —condición extrínseca—.

La disposición conserva la expresión de Vélez “aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas (dice ahora, antes decía ‘a las formas y leyes’) que en él rigen”.

Esta disposición sigue consagrando el principio de la libertad individual en materia de matrimonio, como ya lo había establecido Vélez y lo mantuvo la Ley de Matrimonio. No hay así posibilidad de fraude preventivo alguno en esta materia, aunque el alcance de la disposición queda particularmente atenuado luego de la sanción de la misma ley 23.515 de divorcio vincular.

No obstante, y como también lo señala Boggiano ¹ puede haber regímenes más liberales que el nuestro para facilitar la eventual disolución del vínculo por divorcio o aun para facilitar la celebración misma del matrimonio en condiciones formales o sustanciales de menor rigor o exigencia.

En suma, los contrayentes pueden elegir para casarse el lugar que más se adecue a sus conveniencias. Las relaciones posteriores, personales y patrimoniales del matrimonio, quedarán sometidas principalmente al derecho del domicilio conyugal y, si sobreviniese el divorcio, su tramitación se ajustará también al derecho del mismo domicilio.

El antes mencionado abandono que los contrayentes hicieran de su domicilio para casarse, tenía mayor relevancia cuando no existía entre nosotros el divorcio vincular.

3. EL ARTÍCULO 7° DE LA LEY 2393

Debe recordarse al respecto que el artículo 7° de la ley 2393 expresaba que “la disolución en país extranjero de matrimonio celebrado en la República”... si no era de conformidad a nuestras leyes, no autorizaba a los contrayentes a volver a casarse.

¹ BOGGIANO, A., *Derecho...*, cit., T. I, Cap. XVII.

De ahí la razón de ir a casarse a otro país, pues el divorcio vincular que la ley 2393 prohibía era respecto a un matrimonio celebrado en nuestro país, pero no si el matrimonio se hubiera celebrado en el extranjero.

Al tratar de la *Parte General* del Derecho Internacional Privado, hemos sostenido nuestra posición contraria al fraude en esta disciplina. En tal sentido, hemos dicho que la ley puede ser cumplida o violada, pero no defraudada, pues sólo se puede defraudar la fe pública (en ciertos delitos) o la fe o confianza de los particulares.

El artículo 159 del Código de Vélez, como asimismo el artículo 2° de la ley 2393 y la misma reforma de la ley 23.515, constituyen claras ratificaciones del espíritu liberal de nuestro derecho civil en la materia, no admitiendo una institución incierta cual es el fraude a la ley.

4. LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO Y NUESTRA LEGISLACIÓN

En materia matrimonial rigen los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889, vigente para Argentina, Bolivia, Colombia y Perú y de 1940, vigente para Argentina, Paraguay y Uruguay.

Debe entenderse en cada caso la vigencia de cada uno de los tratados para las relaciones civiles internacionales, en el ámbito espacial respectivo también a cada grupo de países mencionados.

a) Capacidad para contraer matrimonio

El artículo 11 del Tratado de 1889 regula la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez por la ley del lugar de celebración. Es decir, sigue un criterio similar al de nuestro Código Civil. Sin embargo, a manera de excepción se autoriza —en el párrafo segundo del citado artículo 11— a los Estados signatarios a no reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos, cuando el mismo se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

b) Impedimentos

- a) falta de edad suficiente: 14 años el varón y 12 en la mujer (en nuestro Código, 18 y 16 años respectivamente);
- b) parentesco en línea recta por consanguinidad, legítimo o ilegítimo;
- c) parentesco entre hermanos (legítimos o ilegítimos);
- d) crimen: haber dado muerte (como autor principal o cómplice) a uno de los cónyuges para casarse con el cónyuge supérstite;
- e) ligamen: el matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Es decir que el esquema del Tratado de 1889 se asemeja al de nuestra legislación que, luego de la reforma de la ley 23.515, dispone en su artículo 166:

“Artículo 166.— Son impedimentos para contraer el matrimonio:

”1°. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación;

”2°. La consanguinidad entre hermanos o 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 adoptado, adoptado y 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 por escrito o de otra manera”.

Resulta novedoso el inciso 3° que establece como impedimento dirimente el vínculo adoptivo. Los impedimentos dirimientes, a diferencia de los impedientes (edad, locura, sordomudez), tornan inexistente o insanablemente nulo el matrimonio y no son susceptibles de confirmación.

c) El divorcio vincular y la ley 23.515

Volviendo al ámbito del Tratado de 1889, debe destacarse la mayor importancia para nuestro país del no reconocimiento del matrimonio por parte del Estado del lugar de su celebración, con anterioridad a la sanción de la ley 23.515, que ha consagrado el divorcio vincular en nuestro país.

En efecto, antes de la citada ley y a excepción del período de vigencia del artículo 31 de la ley 14.394 entre 1954 y 1956, que introdujo el divorcio vincular, el divorcio de cuerpos constituía para el criterio de nuestra jurisprudencia una institución de orden público internacional.

d) Nulidad de la renuncia

Ahora bien, el artículo 230 de la ley 23.515 introduce el criterio exactamente inverso al anterior al disponer:

“Artículo 230.— Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos”.

e) Separación en el extranjero y divorcio posterior en el país

Por otra parte y conforme a lo dispuesto por el nuevo artículo 161, párrafo segundo:

“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 artículo 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”.

f) Relación con los Tratados de Montevideo

Esta disposición no enerva, desde luego, el derecho de otros países miembros del Tratado de Montevideo de 1889, en los que puede haberse celebrado un matrimonio, de no reconocer el matrimonio celebrado en otro de ellos con el o los impedimentos dirimentes antedichos. Entre éstos puede estar incluido el matrimonio anterior no disuelto legalmente, conforme al criterio que tenga sobre el particular el derecho del Estado de la celebración. El artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1940 mantiene casi sin variantes la redacción del artículo 11 del Tratado de 1889.

g) Diferencias entre ambos Tratados de Montevideo

El inciso b), que trata del parentesco en línea recta (como impedimento impediendo), incluye además del parentesco por consanguinidad el parentesco por afinidad, legítimo o ilegítimo.

Los artículos 12 del Tratado de 1889 y 14 del Tratado de 1940, respectivamente, regulan los derechos y deberes personales de los cónyuges por “las leyes del domicilio conyugal”.

El Tratado de 1889 contiene un segundo párrafo que fue suprimido del Tratado de 1940, previendo el cambio del domicilio conyugal, y que regula los derechos y deberes personales por las leyes del nuevo domicilio. Tal disposición eliminada en el Tratado de 1940 parece superflua, pues aunque no se mencione el cambio de domicilio, siempre el domicilio conyugal, determinante de la regulación de los derechos y deberes personales, debe ser el actual.

Los artículos 13 del Tratado de 1889 y 15 del Tratado de 1940 vuelven sobre el tema de la disolubilidad del matrimonio y el divorcio. Entre ambos tratados, Uruguay, país no divorcista, pasó a ser país divorcista. Al igual que, como ocurriría más recientemente con nuestra ley 23.515, la prohibición del divorcio vincular, considerada de orden público por nuestro derecho, fue drásticamente reemplazada por otra de signo opuesto, según la cual es el divorcio vincular, precisamente, la institución, ahora de orden público, en el vecino país. De ahí también la deficiente redacción de esta disposición en ambos tratados.

Así, mientras en el Tratado de 1889 se establece que la ley del domicilio matrimonial rige tanto la separación conyugal como la disolubilidad del matrimonio, en el primero de ambos, el Tratado de 1889, se condiciona la aplicación de la ley del domicilio a que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar de celebración del matrimonio. Es decir, para que la disolución sea válida —por divorcio vincular, por ejemplo— debe haber coincidencia en la admisión de la causal de disolución, entre las leyes del país de celebración y del país de disolución.

En cambio, el artículo 15 del Tratado de 1940 no sujeta la validez de la disolución del vínculo a la antedicha coincidencia entre ambas leyes, de celebración y de disolución.

Pero, en cambio, establece sí, a manera de excepción, el derecho del Estado de celebración del matrimonio a no reconocer aquella disolución si la causal invocada fue el divorcio y sus leyes no lo admiten como tal (art. 15, inc. b]).

h) Hipótesis de bigamia

Y agrega, por último —y por iniciativa de la delegación argentina al Congreso de 1939/40 como fórmula de acuerdo con la iniciativa uruguaya, reflejada en la primera parte del inciso b)—, que “en ningún caso la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia”.

i) Régimen patrimonial del matrimonio

El nuevo artículo 163 del Código Civil (ley 23.515) regula, al igual que el artículo 16 del Tratado de Montevideo de 1940, las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes por la ley del primer domicilio matrimonial. Agrega el Tratado que dicho principio no alcanza a las materias de estricto carácter real en que prevalece el lugar de situación de los bienes. Al tratar de los bienes, volveremos en particular a discutir el tema.

En lo que hace al cambio de domicilio, éste no altera la ley aplicable para regir los derechos patrimoniales de los cónyuges.

j) La autonomía de la voluntad y el Tratado de Montevideo

Ha prevalecido en esta normativa —del Tratado de 1940, seguida en la ley 23.515— el criterio de la delegación uruguaya, inspirado en la tradición estatutaria y contrario al principio de la autonomía de la voluntad, por alegadas razones de soberanía.

Así se expresaba Álvaro Vargas Guillemete al presentar el informe respectivo de la Comisión de Derecho Civil Internacional.

Al tratar de las obligaciones y contratos, volveremos sobre estos criterios relativos a la autonomía de la voluntad y al fundamento del Derecho Internacional Privado, sobre el que ya adelantamos opinión en nuestra *Parte General*².

Cabe mencionar aquí que nuestros ahora derogados artículos 4° y 5° de la Ley de Matrimonio Civil 2393 daban prioridad al contrato nupcial para regir los bienes del matrimonio, independientemente de la ley del lugar de celebración.

En defecto de convenciones nupciales, el artículo 5° regulaba —no habiendo cambio de domicilio— los bienes muebles del matrimonio por la ley del lugar de su celebración, cualquiera fuese el lugar de su situación o de su adquisición.

Si hubiese habido cambio de domicilio los bienes muebles adquiridos antes del cambio eran regulados por la ley del primer domicilio. Los adquiridos después del cambio se regían por la ley del nuevo domicilio.

En cuanto a los bienes raíces, se regulaban por la ley del lugar de su situación. Respecto a éstos la innovación acerca de las materias de estricto carácter real, introducida en el Tratado de 1940 se produjo a propuesta del maestro Vico.

Debe decirse que la aplicación de la ley del primer domicilio matrimonial a los bienes muebles e inmuebles, con la antedicha excepción, puede dar lugar a aplicar una ley que ha perdido todo contacto con el desenvolvimiento jurídico de los esposos.

Ello, inspirado probablemente en el afán de evitar el fraude a la ley, materia ésta sobre la que ya hemos dado nuestra opinión al tratar de la *Parte General*.

Boggiano³ aborda, asimismo, problemas de derecho transitorio (que pueden suscitarse) por la aplicación de la nueva legislación en materia matri-

² BALESTRA, R., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993

³ BOGGIANO, A., *Derecho...*, cit., T. I, págs. 963 y sigs.

monial y se inclina por la aplicación del nuevo derecho (art. 3º, Cód. Civ.). Sobre el particular puede verse nuestro desarrollo acerca del derecho espacial y temporal aplicable (en materia de capacidad profesional) en el caso “Méndez Carbone, Roberto c/ Colegio de Escribanos de la Capital Federal”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 11-VI-1978.

5. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

En materia de jurisdicción competente el artículo 227 del Código Civil reformado por la ley 23.515, dispone que “las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado”.

Es el mismo principio que informa el nuevo artículo 164 que regula la ley aplicable a la separación personal y la disolución del matrimonio por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161.

6. CONVERSIÓN DE SEPARACIÓN EXTRANJERA EN DIVORCIO ARGENTINO

El artículo 161 autoriza la disolución en la Argentina de matrimonio celebrado en el país y cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación.

a) La jurisdicción en el artículo 104 de la ley 2393

Volviendo al tema de la jurisdicción competente —que fuera el más polémico— recordemos que el artículo 104 de la ley 2393 establecía que “las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio deben intentarse en el domicilio de los cónyuges. Si el marido no tuviera su domicilio en la República, la acción podrá ser intentada ante el juez del último domicilio que hubiera tenido en ella, si el matrimonio se hubiese celebrado en la República”.

b) La Corte Suprema y el caso Vlasov

Nuestra Corte Suprema hubo de resolver con fecha 25-V-1960, la controversia entre los esposos Alejandro Vlasov y Emilia Cavura de Vlasov, en que ésta demandó a su esposo en mayo de 1954 por divorcio y separación de bienes, invocando las causales de abandono voluntario y malicioso del hogar.

El matrimonio se había celebrado en Rumania en 1925, fijándose el domicilio conyugal en Buenos Aires en 1941.

El demandado, a su vez, estableció su domicilio en Génova desde 1949 y en 1952 instaló allí el resto de su núcleo familiar.

El artículo 104 no contemplaba en rigor el supuesto de matrimonio celebrado fuera del país, seguido de traslado del domicilio de uno de los esposos al extranjero.

La Corte Suprema se basó en su jurisprudencia fundada en casos previstos en la ley 4055, respecto a posibles cuestiones de competencia entre autoridades de distinta jurisdicción, como asimismo en las reformas de la ley 13.998 y decreto-ley 1285/58 (texto según la ley 21.708, art. 2°).

c) Privación efectiva de justicia

Precisamente, el artículo 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58 dispone:

“24.— La Corte Suprema de Justicia conocerá:7° De las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia en cuyo caso serán resueltos por la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá, asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”.

Así, pues, la Corte, aun durante la vigencia de la ley 2393 y su mencionado artículo 104, interpretó en el caso Vlasov que el domicilio determinante de la jurisdicción competente en el juicio de divorcio o separación es el del último domicilio efectivo de los esposos. Ello a fin de evitar, en este caso, un supuesto de denegación de justicia. Recordemos que éste es también uno de los supuestos que justifica la protección diplomática en favor de los nacionales de un Estado ⁴.

d) Régimen de Montevideo

En esta materia, el régimen de Montevideo trata de la jurisdicción en el Título XIV tanto de los Tratados de 1889 como de 1940 sobre Derecho Civil Internacional. Dichas normas resultan completadas por las respectivas del Título II “Del domicilio” en ambos tratados, artículos 8° y 9°.

⁴ Así lo hemos desarrollado al tratar las personas jurídicas como también en nuestra obra *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BOGGIANO, señala en su reciente publicación: *Relaciones Judiciales Internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, que éste es uno de los supuestos que demuestra el condicionamiento y relación entre el derecho internacional público y privado.

El Tratado de 1889 en su artículo 8° considera como domicilio de los esposos “el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste el —domicilio— del marido”.

A su vez, dispone que “la mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro”.

Por el artículo 62 declara la competencia de los jueces del domicilio conyugal para entender en cuestiones de nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos.

El artículo 63, por su parte, atribuye competencia a los jueces del lugar de situación de los bienes para todo lo que afecte a los bienes matrimoniales; en tanto que el artículo 64 otorga competencia a los jueces de la residencia de los esposos para entender en las medidas urgentes que afecten a sus relaciones personales.

A su vez, el Tratado de 1940 considera en su artículo 8° como domicilio de los cónyuges el lugar donde viven de consuno (no ya “el que tiene constituido el matrimonio”) y, en su defecto, el del marido.

En el artículo 9° contempla el supuesto de la mujer separada judicialmente o divorciada, quien conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. Y agrega otro supuesto: la mujer casada abandonada por su marido, conserva el domicilio conyugal, salvo prueba en contrario de que ha constituido domicilio propio en otro país.

En virtud del principio de igualdad jurídica entre los sexos, y las prácticas cambiantes con el correr de los años, creemos deben entenderse asimilados a los anteriores los supuestos del marido separado, divorciado o abandonado.

A su vez, el artículo 59 del Tratado de 1940 mantiene la disposición del artículo 62 de 1889, pero la limita en el supuesto de juicio (relativo a relaciones personales de los cónyuges) entre personas contempladas por el artículo 9°, en cuyos casos —separación, divorcio o abandono— entenderá el juez del *último* domicilio conyugal.

Ello concuerda con la jurisprudencia del caso Vlasov y el nuevo artículo 227 del Código Civil argentino.

El artículo 60 limita a las controversias sobre materias de estricto carácter real —en materia de bienes matrimoniales— la competencia de los jueces del lugar de situación de los bienes. Criterio éste informado por la opinión de Vico en el Congreso de Montevideo.

Y, por último, el artículo 61 mantiene la competencia de los jueces de la residencia para entender en las medidas urgentes relativas a las relaciones personales de los cónyuges.

CAPÍTULO IV

EL VÍNCULO PATERNO FILIAL

1. CRITERIOS GENERALES

El derecho de familia contempla una serie de relaciones jurídicas determinantes y determinadas por la relación de padre e hijo, tales como la filiación, la legitimación, la adopción, la patria potestad, y otras análogas de protección a los menores y a los incapaces, como la tutela y la curatela.

En el Derecho Internacional Privado —tanto en lo que hace al conflicto como en el trato al extranjero— se estudió el régimen extraterritorial o de extranjeros aplicable respectivamente a los institutos antedichos. Siempre deberá procurarse resolver los problemas y conflictos sobrevenientes dentro de las pautas orientadoras que reseñamos al tratar la Parte General: la naturaleza de las relaciones jurídicas, su principal centro de gravitación, la razonable previsibilidad de las partes acerca del derecho aplicable, la eficacia de la solución ¹.

Todas las instituciones mencionadas tienen en común el tratamiento de las relaciones personales entre padres (biológicos o adoptantes) e hijos o tutores y curadores con sus pupilos o incapaces representados.

Al mismo tiempo, se consideran en dichos institutos la regulación de los bienes de los incapaces y las facultades que, respecto a los mismos, corresponden a sus representantes legales.

En este último aspecto, tomará nuevamente actualidad el régimen de unidad o fraccionamiento de leyes encargado de regular los bienes respectivos.

Como asimismo la distinción acerca de las materias de estricto carácter real, introducida en el Congreso de Montevideo de 1939-40 por el maestro Vico y como excepción al principio de unidad del derecho aplicable a los bienes.

Asimismo, habrá de considerarse con particular consideración la fundamental protección a la persona (y bienes) de los incapaces en razón de su incapacidad misma y al interés tuitivo, propio del derecho en general y del derecho de familia en particular.

¹ Véase nuestro *Manual de Derecho Internacional Privado. Parte General*, cit., nro. 37, págs. 107 y sigs.

Veremos en materia de adopción los más recientes progresos internacionales con motivo de la labor de la comisión respectiva de la *International Law Association* que tengo el honor de presidir, como asimismo de la labor de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P.) y de las Conferencias de La Haya.

2. FILIACIÓN

En nuestro Código Civil, tras la reforma de la ley 23.515, se han eliminado las disposiciones relativas a la filiación por legitimación de los artículos 311 a 315, que incluían relaciones de Derecho Internacional Privado.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 contemplan la filiación en sus respectivos Títulos VI.

En ambos —arts. 16 y 20 respectivamente— se establece que la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio no se rigen por la ley que regula la celebración del matrimonio.

Es decir que aquí la validez del matrimonio resulta una cuestión previa, incidental o preliminar con respecto a la validez posterior de la filiación o legitimación ².

En lo que hace a “otras cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo” (arts. 17 y 21 de los respectivos Tratados).

Aquí ya se trata de otras cuestiones sustantivas que pueden determinar que se trata de una filiación legítima o no, por razón de impedimentos legales preexistentes, pero que ya no dependen de la validez del matrimonio como cuestión preliminar.

Con buen criterio, los Tratados de Montevideo aplican aquí la ley del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo, pues con posterioridad los padres podrían tener un domicilio distinto.

Quedaría por resolver qué ley rige las cuestiones sobre legitimidad de la filiación cuando los padres no han estado casados al tiempo del nacimiento del hijo, o estando casados han tenido circunstancialmente un domicilio distinto.

Pareciera que en estos casos habría que estar a favor de la aplicación del derecho más favorable a la validez de la filiación y a su carácter legítimo (principio del *favor negotii* y criterio del art. 14, inc. 4º de nuestro Cód. Civ.) como medio de afianzar la validez de los actos y la estabilidad de la relación filial y familiar.

Por último, los artículos 18 y 22 de los respectivos tratados regulan los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima por la ley del Estado en el cual habrán de hacerse efectivas.

² Véase al respecto nuestra *Parte General*, cit., nro. 32, págs. 91 y 55.

En el supuesto de domicilio distinto de padres e hijos, habría que facilitar a estos últimos el recurso a la jurisdicción con criterio amplio y a fin de evitar una privación —resultante— de justicia ³.

3. ADOPCIÓN

a) Leyes argentinas

Nuestra ley 19.134 incluía entre sus disposiciones dos normas relativas a la jurisdicción competente y al derecho aplicable en la materia.

Así, el artículo 10, entre las reglas a observar en el juicio de adopción, mencionaba en el inciso a) que “la acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda”.

Al respecto, corresponde aclarar que la guarda puede o pudo otorgarse en el domicilio del adoptado y con posterioridad iniciarse el juicio de adopción en el mismo domicilio.

Si el adoptante fuese un extranjero o alguien domiciliado en el exterior, es probable que la ley del país respectivo establezca también la competencia de sus tribunales para entender en el juicio de adopción. Sobre todo si en dicho lugar se ha de radicar también el domicilio del adoptado.

Hacia el final del Capítulo V de la ley, relativo a efectos de la adopción conferida en el extranjero, el artículo 32 disponía que “la situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiere sido conferida en el extranjero”.

Parece razonable que, en resguardo del interés del menor adoptado, prevalezca el derecho de su domicilio para dirimir cuestiones entre él y sus padres adoptantes.

Ahora bien, si la adopción ha sido conferida en el país, pero el domicilio del adoptado se encuentra en el extranjero, correspondería también aplicar a aquellas relaciones entre adoptante y adoptado la ley de éste aun cuando se halle en el extranjero.

Si la adopción se hubiese verificado en el país, debiera corresponder al juez argentino (y eventualmente a la Autoridad “Central” de Aplicación de que habla la Convención de La Haya) ejercer por un tiempo el contralor del cumplimiento por el adoptante de las previsiones legales argentinas.

Al decir “por un tiempo” queremos significar el período necesario hasta que se consolide la adopción, tal vez uno o dos años.

³ Al respecto véase lo que hemos dicho al tratar de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Una vez adquirido su carácter definitivo —por la adopción— resulta también razonable que sobre la misma entienda en adelante el juez (o Autoridad Central) del domicilio del adoptado.

El Tratado de Montevideo de 1989 no trata la adopción, como tampoco lo hizo el Código de Vélez.

b) Nuevo régimen de adopción

1) La reciente ley 24.779 y la adopción internacional

Esta ley, por su artículo 1º, incorpora al Código Civil, como Título IV, de la Sección Segunda, Libro Primero, un nuevo articulado, que llena el vacío dejado por la ley 17.711, al suprimir del Código Civil el título de la legitimación incluido por Vélez (arts. 311 al 340).

El nuevo Título IV, pues, está referido a la adopción; deroga la ley 19.134 y al artículo 4050 del Código Civil.

En su nuevo Capítulo V, trata de los efectos de la adopción conferida en el extranjero.

El actual artículo 339 mantiene virtualmente el antes mencionado texto del artículo 32 de la ley 19.134 (sólo cambia “adoptantes” y “adoptados” por “adoptante y adoptado”).

El nuevo artículo 340 dispone: “La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores”.

Este artículo, concebido con criterio más bien localista, incluye el erróneo principio de acumulación de leyes aplicables, la del adoptado en el extranjero con más los requisitos de nuestro Código Civil para transformar aquella adopción en plena. A ello se agrega la exigencia de un nuevo consentimiento de adoptante y adoptado y la necesaria intervención del Ministerio Público de Menores.

Como ya lo hemos señalado al tratar la materia de las calificaciones y la institución desconocida como, por ejemplo, en el caso de las sociedades extranjeras de tipo desconocido en el país, para el reconocimiento de instituciones reguladas por el derecho extranjero en nuestro país, no es necesario que aquéllas vuelvan a crearse *ex novo* en la Argentina.

Si en el caso que nos ocupa, la adopción ya concedida en el extranjero tiene en el lugar en que se realizó, determinado carácter que distinguiéndose o no del tipo de adopción plena o simple de nuestra ley, produce efectos pro-

pios, dichos efectos deben ser reconocidos en nuestro país en tanto no violen nuestro orden público internacional.

Así, por ejemplo, si la adopción extranjera confiere derechos hereditarios entre el adoptado y la familia biológica del adoptante o viceversa, distintos a los otorgados en nuestra ley o existiese un criterio distinto en materia de legítima, aquellos derechos debieran respetarse en nuestro país. No así, en cambio, si se tratase de razones de orden público internacional argentino como los impedimentos matrimoniales que prevén los artículos 323 y 327, subsistentes aún después de la misma adopción plena prevista en nuestra ley.

2) Residencia en el país

Con un criterio tan localista como erróneo, el nuevo artículo 315 del Código Civil exige para ser adoptante, la residencia permanente durante no menos de cinco años anterior a la guarda del menor. Dicha guarda, a su vez, no debe ser menor a seis meses ni mayor a un año a criterio del juez.

Esta disposición de sentido xenófobo resulta inexplicable. Si lo que se pretende con ella es suprimir indirectamente la adopción internacional, se cae en un serio error, especialmente perjudicial al “interés superior del menor” que la misma ley consagra en su artículo 321, inciso i).

Ello así en el caso de que los potenciales adoptantes residentes en el extranjero, ofrezcan condiciones morales y materiales más ventajosas para el antedicho interés superior.

Y si, en cambio, lo que se pretende es evitar el comercio ilegal de menores, suprimiendo para ello la adopción internacional, se estaría entonces cayendo en el mismo error que ocurriese si para prevenir las enfermedades se prohibiese a las personas salir a la calle...

3) Competencia

Según el nuevo artículo 321, inciso e), la competencia para entender en el juicio de adopción está reservada al juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda.

Esta disposición, aunque coherente con la antedicha del artículo 315, no resulta menos criticable.

Se permite virtualmente sólo la adopción entre argentinos o residentes en el país.

Dentro del país estarán además, seguramente, los domicilios de adoptante y adoptado.

Pero, aun en este erróneamente limitado caso, se le ha escapado al legislador que adoptante y adoptado pueden “residir” (hubiese sido más coherente con el régimen del Código Civil hablar de domicilio) en distintas jurisdicciones territoriales dentro de nuestro país.

Y en ese caso:

¿Qué juez será competente para intervenir en la adopción de un menor residente en Misiones por padres adoptantes porteños?

¿El de la Capital Federal, como dice la ley, en desmedro del lugar de residencia y probable nacimiento del menor, donde seguramente se hallan además sus padres biológicos?

¿Lugar que además será probablemente el del lugar donde se otorgó la guarda?

Como se advierte con claridad, éste es un nuevo error de la ley, que pone de manifiesto la estrechez y desconocimiento de las razones del legislador frente al instituto de la adopción.

4) *Registro de adopción*

Finalmente, el artículo 2º de la ley 24.779 dispone: “A los fines de esta ley, las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios. Como vemos se habla de “autoridades de aplicación”. La ley no dice cuáles son.

¿Las “autoridades centrales” que prevé la Conferencia de La Haya?
¿Los jueces argentinos intervinientes y en su caso el Ministerio de Menores?

La idea del Registro Único puede conferir al proceso de la adopción una mayor seriedad y transparencia, a la vez que facilitar a los jueces y partes criterios de decisión también más claros.

Todo ello, sin embargo, no justifica en modo alguno la virtual supresión de la adopción internacional establecida por la ley.

c) **Tratado de 1940**

El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 trata la adopción en su Título VII, artículos 23 y 24.

El primero de ellos regula la adopción “en lo que atañe a la capacidad de las personas y ... 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”.

Y el artículo 24 regula “las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes... por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida”.

Se establecen, pues, el llamado principio de coincidencia (Vico-Argüello) o acumulación (Goldschmidt) entre ambas leyes de adoptante y adoptado; para regular las relaciones entre ambos, en tanto las restantes relaciones —al parecer concernientes a cada uno de ellos— quedan sujetas a la respectiva ley (fraccionamiento).

El criterio de la coincidencia o acumulación viene a sumar recaudos de ambas leyes, regulatorias de las relaciones de la adopción, lo que podría conducir a un exceso normativo y eventualmente de rigurosidad no acorde con la naturaleza jurídica de las relaciones en análisis.

Por otro lado, el criterio del fraccionamiento de leyes (que hemos de ver al referirnos a la sociedad conyugal y que analizaremos al tratar de la sucesión y el concurso), si bien puede resultar adecuado en casos de excepción, como el contrato de transporte internacional, su aplicación generalizada en relaciones como son las personales de familia puede conllevar una anarquía en el tratamiento jurídico del instituto, en este caso, la adopción.

d) Informe de la *International Law Association*

En el ámbito de la *International Law Association*, su Comisión de Adopción⁴ se halla abocada al análisis de los siguientes criterios de progreso, recientemente distribuidos entre sus miembros por el *Chairman* de la citada Comisión que escribía el 23 de junio de 1993:

“El presente es una guía que a mi criterio pudiera resultar útil para el desarrollo de nuestra futura tarea.

”Según resulta de la documentación obrante en la Comisión con más los progresos internacionales realizados en la materia, debemos distinguir algunos temas específicos propios de la adopción internacional y otros más genéricos que hacen a la protección integral de los niños y menores.

”Diríase que sobre estos últimos han cobrado particular actualidad, problemas recientes de índole civil y criminal que exigen su ineludible consideración.

”En dicha materia de *adopción* internacional *propiamente dicha*, reviste fundamental prioridad la determinación de la ley aplicable a la adopción y la jurisdicción competente para entender en posibles controversias derivadas de la misma.

”Países de padres adoptantes y países de niños adoptados manifiestan el interés de su legislación para regular —unos u otros— los diversos tramos del instituto de la adopción.

⁴ *Chair*: doctor Ricardo R. Balestra (Argentina); *Co-Chair*: Maître Jean Lisbonne (France); *Rapporteur*: doctor Gail McKnight Beckman (EE.UU); *Co-Rapporteur*: doctor Mónica L. Grill (Argentina), profesor M. El-Said El-Dakak (Egypt), Mr. Justice David Haines (Australia/NZ), profesora Ingrid de Lupis (Sweden), Mr. H. Jakhelin (Norway), profesor J. D. McClean (UK), profesor E. Jayme (Germany), profesor Justice Peter Nygh (Australia/NZ), Mrs. T. Kamenova (Bulgaria), Avv. Giovanni de Sangro (Italy), profesor Bartha Knoppers (Canada), profesor Takao Sawaki (Japan), Mr. Hans van Loon (Netherlands), The Hon. Mrs. Justice Leila Seth (India), profesor M. Verwilgen (Belgium-Luxembourg), profesor Iris Vittini (Chile), doctor K. Buure-Hagglund (Finland); (*Alternate*): doctor Carlos Gutiérrez (Chile).

”Pareciera que la primera fase (o primer tramo) relativo a la formalización y acto constitutivo de la adopción debiera estar regulada por la ley personal del adoptado, generalmente coincidente con la del Estado donde la misma se efectiviza, esto es el de nacionalidad, domicilio o residencia del adoptado, que puede coincidir o no con el de sus padres de sangre.

”El Estado del país de domicilio o de residencia del adoptado tiene un lógico interés —de orden público— de resguardar los intereses del menor aplicando su legislación a tal fin, tanto para la constitución de la adopción, como para su desarrollo posterior hasta tanto la misma se consolide.

”¿Cuándo puede ocurrir esta consolidación?

”Normalmente, transcurrido un plazo aproximado de uno o dos años, período en el cual el menor adoptado ha sido ya trasladado a su nuevo hogar, habiéndose adaptado o no al mismo, circunstancia ésta que deberá ser evaluada en el Estado del anterior domicilio o residencia del menor y eventualmente —si su legislación así lo dispusiera— por sus padres de sangre.

”En lo que respecta a los menores susceptibles de ser adoptados, debe considerarse principalmente su propio interés, sujeto a graves riesgos en la actualidad.

”Entre dichos riesgos, el comercio ilegal, la venta de menores o el secuestro de los mismos bajo la excusa o la apariencia de la adopción.

”En el respectivo Anteproyecto de La Haya, es importante destacar el papel que se asigna en sus artículos 5° y 6° a la intervención respectiva de las autoridades competentes de los Estados de origen y de recepción, en orden a proteger el interés superior del niño.

”Por último, creo, debemos tener presente la situación especial de países islámicos que, como en el caso de Egipto, prohíben la adopción, otros como Brasil que exigen la adopción plena por sus nacionales, como asimismo, los que poseen regímenes de un control más severo como Italia o más flexible tales como Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda”.

Otro tema de interés actual está referido a la:

e) Adopción y tráfico de menores

Al respecto hemos escrito para el diario *La Nación*:

1) El enfoque del tema

”Recientemente se han producido significativos avances en la materia de adopción internacional de menores.

”La labor desempeñada por la Comisión respectiva de la *International Law Association*, creada bajo la inspiración de la distinguida ex presidente de la I.L.A., doctora Margarita Argúas, como asimismo los proyectos aprobados

por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de adopción así lo demuestran”.

2) *La noble finalidad de la adopción*

“El instituto de la adopción internacional viene a actuar subsidiaria o complementariamente a la adopción interna de los países, para solucionar tanto el problema de la niñez abandonada o sin padres, como la necesidad de hijos por parte de padres que no los tienen aún.

”La finalidad superior de permitir integrarse a una familia a quien no la tiene, viene así a concretarse también mediante la adopción internacional.

”Las leyes de distintos países han tratado, pues, a la adopción a fin de regularla tanto en el marco interno como internacional, dentro de límites que satisfagan tanto el deseo de los adoptantes como el interés de los menores. En fin, el superior interés de constituir y preservar a la familia”.

3) *Un crimen de nuestro tiempo*

“Paralelamente a este instituto de honda raigambre humana y familiar se ha venido desarrollando en el mundo una práctica criminal: el tráfico ilegal de menores.

”El secuestro, la venta o el tráfico de niños se ha venido así a constituir en una novedosa forma de crimen internacional, calificable como un verdadero delito contra la humanidad.

”El destino de este comercio eventual puede tener derivaciones aún más peligrosas, cuales son la prostitución de los menores, su desvío o perversión sexual o la sustracción misma de sus órganos, para trasplantes u otros destinos de la cirugía y medicina.

”En estas circunstancias es necesario preservar a la adopción internacional de tan funestas como posibles derivaciones del antedicho comercio ilegal.

”En nuestro país se ha comentado en diversas oportunidades casos de madres que mediante el pago de un precio —seguramente incrementado de mediar un tercero comisionista— entregan su hijo a un futuro adoptante. Ello realizado incluso con la intervención de un juez competente y la representación del Ministerio Público que, sin conocer los datos del comercio ilegal, adjudican el menor a sus padres adoptivos.

”Si éstos resultan luego no ser tales, sino un eslabón más en la cadena del tráfico ilegal, volvemos al antedicho peligro que amenaza a los menores”.

4) *La reciente Convención de La Haya*

“De ahí que la última Convención sobre Protección de Niños y Cooperación respecto a la adopción internacional suscripta en mayo de 1993 en La

Haya ⁵ procura conjurar estas perversas derivaciones, por supuesto no queridas por un instituto tan noble como la adopción.

”A tal fin se prevé la creación de una Autoridad Central en cada uno de los países signatarios de la Convención, a fin de intervenir en los supuestos de adopción entre países.

”En tales supuestos, tanto en la Autoridad Central del país de origen del niño como la correspondiente al país del o los adoptantes se otorgan recíprocamente las garantías necesarias a fin de asegurar el deseo legítimo de adoptar de los nuevos padres como el interés mismo de los niños”.

5) *Interés legítimo de padres e hijos*

”Respecto a los padres adoptantes es necesario prever el supuesto de normalidad y regularidad en su proceder, que debe ser (al menos deseablemente) la regla y no la excepción.

”En este caso, de padres futuros con un hogar normalmente constituido, carentes muchas veces de hijos propios y deseosos de adoptar uno, parece razonable facilitar la concreción de su legítima aspiración.

”Algunos países, como Brasil, dan prioridad a la adopción por sus nacionales.

”Otros, como Italia, establecen un severo control a la adopción internacional.

”Los países del *common law*, como Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda, contienen disposiciones más permisivas.

”Los países islámicos, como Egipto, llegan a prohibir la adopción.

”Pero es preciso recordar que el instituto de la adopción, regularmente considerado y prudentemente legislado, está concebido para fortalecer y consolidar la familia. No para quebrantarla.

”El comercio ilegal de menores es un delito que la adopción internacional debe definitivamente marginar y el derecho prevenir y sancionar con todo su rigor.

”El reciente proyecto de La Haya —que deja a salvo el orden público de los países signatarios— así lo reconoce”.

⁵ En el marco de la 17ª Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y suscripto por delegados de los gobiernos de: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Chipre, la República de Checoslovaquia, Dinamarca, Egipto, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Méjico, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de Norteamérica, Uruguay y Venezuela, como Estados Miembros, como también por delegados de los gobiernos de Albania, Bielorrusia, Benin, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Haití, la Santa Sede, Honduras, India, Indonesia, Kenya, la República de Corea, Líbano, Madagascar, Mauricio, Nepal, Panamá, Perú, Filipinas, la Federación Rusa, Senegal, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam, participando como invitados.

CAPÍTULO V

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. CONCEPTO

Decíamos en nuestra *Parte General* al tratar del elemento contractual y de las obligaciones siguiendo la tesis de Savigny: "...Si en alguna materia se torna difícil la aplicación del principio savigniano de la radicación en el espacio, lo es tratándose de la materia de las obligaciones y contratos.

"Ello es así, pues las obligaciones no tienen, como las personas o las cosas, una corporización que las haga susceptibles de ocupar un lugar definido en el espacio.

"Para encontrar, pues, un asiento o *siège* a la obligación, Savigny deslinda, por un lado, las obligaciones unilaterales de las bilaterales o sinalagmáticas. En las primeras, la obligación significa para una de las personas involucradas, el acreedor, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, el deudor, significa a la vez, el sometimiento a una voluntad extraña. Se trata, asimismo, de dos relaciones jurídicas estrechamente vinculadas. Para Savigny, la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor, constituye la esencia de la obligación. De ahí que vaya a establecer el asiento de la obligación sobre la relación jurídica del deudor, que importa el sometimiento a una voluntad extraña (la del acreedor), dirigida al cumplimiento de la obligación".

a) **Fundamentos: autonomía de la voluntad e interpretación de la voluntad pasiva**

Sin duda esta cuestión se vincula estrechamente con el fundamento mismo del Derecho Internacional Privado que desde el ángulo científico-jurídico desarrollara magistralmente Federico Carlos de Savigny.

La naturaleza invisible de la obligación, que consiste esencialmente en un vínculo jurídico, nos lleva a buscar cuál ha sido la voluntad de las partes al obligarse.

Tal voluntad puede haberse expresado, en cuyo caso habrá que estar a tal expresión para determinar el derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

Ello en virtud de la autonomía de la voluntad consagrada en el Código Napoleón —como asimismo en nuestro Código Civil, artículo 1197—. Pero, además, por la moderna evolución del derecho comparado, en el entendimiento de que las obligaciones contractuales pertenecen al ámbito de la libertad y más particularmente a la libertad de las convenciones.

Obsérvese que aun autores que fundaron el Derecho Internacional Privado en criterios de derecho público, como Pascual Estanislao Mancini, incluían a las obligaciones en su denominada Parte Voluntaria del Derecho, sujeta, por lo tanto, al principio de la libertad.

b) Orden público

Corresponde analizar, pues, y en primer lugar, cuáles son los límites para el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Cuando se trata del conflicto —de leyes o de jurisdicciones— el límite por antonomasia es el orden público internacional. Dijimos a su respecto en nuestra *Parte General*¹:

“En todo el Derecho el orden público constituye una categoría jerárquica fundamental.

”En efecto, siendo el propio mundo jurídico un ordenamiento de la conducta social, a través de preceptos normativos el orden público constituye una suerte de base fundamental no escrita, pero subyacente e imperativa, a la que se recurre cuando determinada conducta atenta contra dicha base fundamental, aunque sin violar normas expresas y escritas del derecho.

”La valoración del carácter violatorio de la o las conductas antedichas con respecto al orden público es, lógicamente, materia de interpretación toda vez que no se trata de transgresiones a normas expresas.

”Una pauta importante en los países que, como el nuestro, apoyan en la Constitución Nacional —como Ley Fundamental— todo su orden jurídico, es el propio ordenamiento constitucional.

”Así, cuando una conducta resultare violatoria de una norma constitucional, según la interpretación que en definitiva debe dar la justicia, la aplicación de dicha norma constitucional habrá de invalidar la citada conducta”.

c) Leyes de policía

En la doctrina comparada se ha desarrollado el concepto de las leyes de policía o de aplicación inmediata, como una suerte de normas intermedias que no llegan a ser de orden público internacional, pero que, sin embargo, vendrían a limitar la autonomía de la voluntad de los particulares.

¹ BALESTRA, R., *Manual...*, cit., 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 111.

Entre estas normas podrían incluirse las regulaciones cambiarias, algunas vinculadas al comercio exterior o al ejercicio de las profesiones liberales.

Esto es materia opinable. Pero debemos recordar un principio general de jerarquía superior: la finalidad misma del Derecho Internacional Privado.

Decíamos al respecto en nuestra *Parte General*²:

“Ahora bien, la finalidad del Derecho Internacional Privado consiste esencialmente en asegurar la estabilidad o dar el máximo grado posible de certeza a las relaciones entre particulares.

”Las modalidades propias de esta disciplina hacen que deba resolver en unos casos conflictos de leyes o de jurisdicciones y en otros dar un trato diverso a los nacionales con respecto a los extranjeros.

”En ambos casos aparece la incertidumbre como una amenaza a la seguridad jurídica, valor éste de alta importancia en las relaciones de derecho y más aún en el Derecho Internacional Privado en que la remisión a un derecho extranjero o el trato diverso a los extranjeros importan ya factores iniciales de inseguridad a los particulares involucrados.

d) Carácter excepcional del orden público

”De ahí que, en razón de tal necesidad de certeza y estabilidad, deba asignarse al orden público en el Derecho Internacional Privado un papel excepcional; cuando se trate, pues, de conflictos de leyes, el orden público del Derecho Internacional Privado debe limitar sólo excepcionalmente la aplicación del derecho extranjero; cuando en cambio se dé un trato diferenciado a los extranjeros respecto a los nacionales o locales, dicho trato deberá estar previa y precisamente establecido en las leyes reglamentarias respectivas a fin de no crear o evitar factores potenciales de incertidumbre.

”Tal concepción del orden público con carácter de excepcionalidad es, por otra parte, más compatible con el progreso mismo del Derecho Internacional Privado, sea en su forma de derecho de extranjería o trato al extranjero, o en la más clásica y tradicional del conflicto de leyes que supone la aplicación del derecho extranjero.

”En este caso, debe observarse muy especialmente que, al ser el orden público internacional un límite a la aplicación del derecho extranjero, si fuera dicho límite de competencia normal, lo que vendría a resultar excepcional sería la misma aplicación del derecho extranjero, lo cual a su vez, nos devolvería a criterios territoriales, propios de la época feudal”.

En orden, pues, a afianzar fundamentalmente la seguridad jurídica resulta conveniente evitar apreciaciones discrecionales, más reservadas a los jueces que al legislador —cuando se trata del derecho de los conflictos— y que

² BALESTRA, R., *Manual...*, cit., pág. 111.

vendrían a resentir aquella finalidad de certeza y estabilidad en las relaciones privadas.

Sólo el orden público internacional u orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado, como lo hemos caracterizado, debería pues constituir el límite a la autonomía de la voluntad, como también resulta serlo a la aplicación del derecho extranjero (véase al respecto nuestra *Parte General*³).

Las denominadas leyes de policía no son sino una variante de la legislación de emergencia o los decretos de necesidad, que, por la vía de la excepción, acaban transformándose en regla con grave desmedro de la seguridad jurídica.

Así incluso lo decidió la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso “The Bremen *et al.* c/ Zapata of Shore Co.”⁴.

En la especie dicho alto tribunal admitió la validez en un contrato de transporte marítimo entre un cargador americano y un transportador alemán, de la cláusula que atribuía jurisdicción a la Corte británica. Ello no obstante que por el mismo contrato se eximía de responsabilidad por daños al transportador.

Se ha discutido, asimismo, acerca del principio de localización del contrato, o lo que la doctrina anglosajona llamara la “real conexión”⁵.

e) Localización del contrato

Incluso en contratos sinalagmáticos con obligaciones bi o plurilaterales se ha buscado determinar la prestación más característica. Lo que Savigny llamara *siège*, asiento o sede de la relación jurídica y Giercke centro de gravitación de tal relación .

Hemos dicho en nuestra *Parte General* al tratar el criterio común para resolver los problemas de la Parte General:

“Si —en cambio— se trata de una pluralidad de relaciones jurídicas o de una relación jurídica compleja, con puntos de contacto en soberanías legislativas diversas que pueden determinar la aplicación de dos o más derechos para resolver el problema respectivo de la Parte General, será necesario entonces determinar cuál es el principal centro de gravitación de la o de las relaciones jurídicas, es decir, su sede o asiento principal”.

Corresponde, asimismo, cuando las partes sí han expresado su voluntad, admitir criterios de razonabilidad en cuanto al número y categoría de leyes a

³ BALESTRA, R., *Manual...*, cit., nro. 38, págs. 113 y sigs.

⁴ 407 V.S. 1, 1907, 1972.

⁵ WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1948. Conf. Argúas, Margarita, en sus clases magistrales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., 1956 a 1968.

elegir. Así, por ejemplo, parecerá razonable sujetar el fondo del contrato a una sola ley, ya que la forma podría estar sujeta a la ley del lugar de celebración.

Sin perjuicio, claro está, de elegir para contratar o aun para celebrar matrimonio el ámbito espacial más favorable o las expectativas de las partes (art. 159, Cód. Civ. en su versión original y luego de la ley 23.515 como también el art. 2º de la Ley de Matrimonio Civil 2393 descartando el denominado fraude preventivo).

Pero, además, las partes pueden al contratar tanto:

1) elegir las normas sustantivas directamente aplicables a sus obligaciones, como,

2) por vía indirecta, señalar el (o los) derecho(s) aplicables a su relación jurídica obligacional.

Los límites a cualquiera de ambos tipos de elección estarán sujetos a los antedichos criterios expuestos en materia de orden público internacional.

2. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD PASIVA

a) Los principios generales

Ahora bien, cuando las partes no han expresado qué reglas (directas o indirectas) quieren que regulen sus relaciones contractuales, es preciso, siguiendo a Savigny, interpretar su voluntad pasiva.

Decíamos en nuestra *Parte General* al respecto:

“Según Savigny, la jurisdicción especial de la obligación, de donde resulta el asiento de la misma, deriva de la libre sumisión de las partes; —nuevamente resulta aplicable aquí, el principio de la sumisión voluntaria—”.

Esto puede resultar de la manifestación expresa o tácita de su voluntad.

Pero, cuando las partes no han manifestado expresamente su voluntad acerca de cuál debe ser el derecho aplicable a sus obligaciones y contratos, se vuelve necesario interpretar su voluntad pasiva. En tal sentido, y recordando lo dicho al principio de este tema de las obligaciones, acerca de la naturaleza invisible de éstas y la dificultad de su radicación en el espacio, Savigny procura hallar cuál es el asiento propio de la obligación y su jurisdicción especial.

En el sentido expresado, y por aplicación del principio de la sumisión voluntaria de las partes, se pregunta qué lugar han tenido en mira las mismas —al contratar— como asiento de sus relaciones jurídicas.

Y entiende, por tal, que las partes han dirigido su esperanza al contratar y obligarse hacia el lugar de cumplimiento de la obligación —o ejecución del contrato— donde debe producirse la *solutio* de la misma.

Como este lugar coincide generalmente, además, con el del domicilio del deudor, podrá darse también aquí la ventaja de consolidar el derecho aplicable con la jurisdicción competente, lo que torna más sencilla la aplicación judicial del derecho extranjero.

Para los casos en que no pueda interpretarse de la voluntad tácita de las partes, cuál es el lugar de ejecución previsto, entiende Savigny que deben las obligaciones estar regidas por el domicilio del deudor, que es el lugar donde normalmente se producirá la *solutio* de la obligación.

Obsérvese, también, la analogía en la aplicación del principio de la sumisión voluntaria, tanto para interpretar la voluntad prescrita del causante como la voluntad pasiva de los contratantes.

3. EL RÉGIMEN DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Los artículos 1197, 1205 a 1214 del Código Civil regulan la materia de los contratos internacionales bajo los siguientes criterios generales, que también analizáramos al tratar la materia de la *Parte General* ⁶.

En primer lugar, las obligaciones nacidas de los contratos se rigen por la autonomía de la voluntad (arts. 1197, 1214 y conscs.).

Luego y en defecto de la expresión de la autonomía de su voluntad por las partes, rige la ley del lugar de cumplimiento de la o las obligaciones respectivas si dicho lugar de cumplimiento está en la República; en defecto de lugar de cumplimiento en el país se aplica la ley del lugar de celebración del contrato; y finalmente, en defecto de todos dichos lugares, la ley del domicilio del deudor o de los respectivos agentes (en los contratos entre ausentes).

Es decir:

- a) Autonomía de la voluntad.
- b) Lugar de cumplimiento (en la República).
- c) Lugar de celebración.
- d) Domicilio del deudor.
- e) Domicilios de los agentes.

Veamos las disposiciones respectivas:

a) Autonomía de la voluntad

Dice el artículo 1197: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

A su vez, el artículo 1212 dispone: “El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquél en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere”.

Obsérvese que el lugar de cumplimiento del contrato surge por “la designación” (elección) que de él hicieron las partes al contratar.

⁶ BALESTRA, R., *Manual...*, cit., págs. 71 y sigs.

Hemos dicho más arriba que por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden elegir tanto:

- 1) las reglas directas que han de regular su contrato, como
- 2) por vía indirecta la o las leyes que les serán aplicables.

b) Lugar de cumplimiento si es en la República

El artículo 1209 dispone: “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Y a su vez el artículo 1210 dispone, complementando el anterior: “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Obsérvese la analogía en la redacción de ambos artículos con la de los artículos 6º y 7º del Código Civil, también tomados de Story (y Freitas), aunque éstos se ocupan de la capacidad e incapacidad a las que regulan por la ley del domicilio.

Es decir que cuando el lugar de cumplimiento surge de la voluntad expresada por las partes al contratar, prevalece dicho lugar para regir el contrato.

c) Lugar de celebración

Dispone el artículo 1205: “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”.

En la nota al citado artículo dice Vélez, luego de citar a Story y a Kent, y en su última parte: “Decimos también, que las leyes del lugar en que se ha celebrado el contrato, rigen las obligaciones que él produce. Suponed, como sucede en diversas naciones, un contrato sobre el pago de la obligación de un tercero en un país donde la ley sujeta tales contratos a las condiciones tácitas: que, 1º el deudor y sus bienes han de ser ejecutados antes de ocurrir al garante de la obligación, cuando en el país donde ha de ser ejecutado el contrato, hace solidario al fiador, como sucede en la República respecto de los créditos fiscales. En ninguna nación sería el contrato ejecutado de otro modo que del que estaba prescripto por la ley del lugar en que se celebró. Así también, si una obligación es meramente obligación accesoria por la ley del lugar del contrato, en ninguna parte debe juzgarse como obligación principal (Story, desde el § 263 hasta 267 inclusive)”.

Parece ocioso discurrir aquí, como lo hace Romero del Prado, por ejemplo, acerca de si la regla en materia de contratos es la ley del lugar de celebración, siguiendo a Story, y no la del lugar de ejecución como, sostiene Savigny.

Lo importante es que cuando no hay elección del derecho directamente aplicable o del lugar de cumplimiento del contrato se aplica el derecho del lugar de su celebración con las salvedades, de Orden Público, que establecen los artículos 1206 y 1207.

4. EXCEPCIONES A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ARGENTINO

Dice el artículo 1206: “Exceptúanse del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes”.

Y agrega el artículo 1207: “Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado”.

A su vez, Vélez en la nota común a ambos artículos menciona el siguiente ejemplo de Story: “Suponed, dice Story, que un ciudadano de los Estados Unidos, hallándose en país extranjero, recibe un documento a su favor por una cantidad de dinero, que debe pagarle un nacional de ese país; y que la ley de ese país hubiese declarado una liberación de las deudas por la entrega de los bienes que posea el deudor, a los acreedores que estén en el Estado, sin necesidad de dar conocimiento a los acreedores que estén fuera del territorio. La obligación del deudor sería ejecutada en los Estados Unidos, no obstante la liberación obtenida bajo tal ley. Aunque deba presumirse que el acreedor conoce las leyes del lugar donde hace un contrato, esa presunción, sin embargo, es fundada sobre otra, a saber: que esas leyes no sean evidentemente parciales, injustas y destinadas a proteger a los acreedores que se hallen dentro del Estado, a costa de los que están fuera del territorio. Tales leyes caen bajo la conocida regla de que las leyes que son admitidas en los tribunales del país en que no han sido hechas, son aquellas que no son injuriosas al Estado, o a los ciudadanos del Estado (Story, *Foreign Contracts*, nros. 244 y 351)”.

5. EXCEPCIÓN A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN EN LA ARGENTINA FUNDADA EN LA MORAL Y SOLIDARIDAD INTERNACIONALES

Dispone el artículo 1208: “Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno”.

Y en la nota, Vélez, citando a Story, §§ 245 y 257, dice que éste “sostiene la resolución del artículo como un principio de moral que debían reconocer todas las naciones. Desde el siglo pasado, Pothier (*Seguros*, nro. 58), había censurado como inconsistente con la moral y buena política, la práctica de algunas naciones, que daban efecto a los contratos hechos en su territorio para violar las leyes comerciales de otros países, creyendo favorecer el comercio nacional. Ciertamente que una nación no está obligada a cuidar del cumplimiento de las leyes de un país extraño. No castigará sin duda a los que hubiesen formado sociedades para introducir contrabandos en un pueblo vecino; pero si ese contrato se lleva a juicio por alguna causa, o si algún socio deja de cumplirlo, sería una resolución extraña de un tribunal de justicia la que hiciese cumplir tales contratos”.

Obsérvese que el legislador ha fundado la disposición en un principio de moral que resulta, en último análisis, también de solidaridad internacional.

Como dice la nota, no existe obligación de “cuidar el cumplimiento de las leyes de un país extraño...”. Pero sí un deber ético de no permitir el andamiento judicial en la Argentina de una causa que viniese a consagrar la violación de derechos o leyes de una nación extranjera.

a) El caso de la deuda externa

En el sentido recíproco hemos destacado, al tratar de la deuda externa de los países en desarrollo y más específicamente del nuestro, el antedicho principio de solidaridad internacional.

Así los aumentos unilaterales de la tasa de interés en los bancos norteamericanos, dispuestos por la Reserva Federal de los Estados Unidos, contribuyeron a aumentar considerablemente el endeudamiento ya contraído por los países del denominado Tercer Mundo o naciones en vías de desarrollo.

Un argumento en favor de los países deudores, como la Argentina, es precisamente el citado principio de solidaridad internacional, que obliga a las naciones a resguardar los derechos de otra nación, cuya deuda se ha visto incrementada por decisiones de política interna, en este caso de los Estados Unidos de América. Dichas decisiones, sin embargo, han venido a afectar sensiblemente las economías de otros países.

Así, pues, el incremento considerable del endeudamiento externo de muchos países se ha debido sustancialmente al antedicho aumento de las tasas de interés norteamericanas que han servido de patrón a los créditos públicos y privados otorgados a Estados y particulares latinoamericanos entre otros.

Tal medida de aumentar las tasas de interés en los Estados Unidos obedeció a necesidades financieras internas de dicho país pero no tuvo en cuenta el efecto de grave perjuicio causado a los países deudores, ajenos a tales necesidades internas.

Ahora bien, aun cuando al tomar los créditos respectivos estuviera prevista la facultad de la Reserva Federal de variar las tasas de interés norteamericanas, un principio de solidaridad internacional como el expresado por Vélez en la nota al artículo 1208, siguiendo a Pothier y a Story, torna legítimo juzgar a dichos contratos financieros internacionales y a sus modificaciones unilaterales con un criterio de equidad y de razonabilidad, inspirado precisamente en la solidaridad y moral internacionales.

Otorga particular fundamento a la posición argentina en tal sentido la prescripción del artículo 1208 del Código Civil, que en casos recíprocos — contratos válidos en la Argentina pero que perjudican derechos y leyes de una nación extranjera— son nulos en nuestro país. En el caso inverso, pues — modificaciones hechas en el país de acreencia a contratos de préstamo en que nuestro país o nuestros habitantes son deudores—, parece justificarse plenamente reclamar un tratamiento análogo, particularmente si se considera el fundamento, no precisamente jurídico, de la cortesía recíproca de tan significativa incidencia en el derecho anglosajón y en la doctrina del jurisconsulto norteamericano Story, al tratar de los conflictos de leyes.

6. CONTRATOS SIN LUGAR DESIGNADO DE CUMPLIMIENTO

El codificador, siguiendo el mismo criterio y fuentes romanas que inspiran los artículos 747 y 748 relativos al pago, establece en los artículos 1212 y 1213 el siguiente orden de pautas:

- 1°) la naturaleza de la obligación;
- 2°) el lugar de celebración si coincide con el domicilio del deudor;
- 3°) el domicilio actual del deudor.

Disponen así los citados artículos: artículo 1212: “El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquél en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere”.

Artículo 1213: “Si el contrato fue hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenía en la época en que el contrato fue hecho, será el lugar en que debe cumplirse”.

7. CONTRATOS ENTRE AUSENTES

El artículo 1214 del Código Civil dispone: “Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”.

Aquí también rige, pues, el criterio del lugar de cumplimiento del contrato en primer lugar.

Si no se hubiese designado tal lugar se aplicará para cada parte la ley de su domicilio.

En consecuencia estamos ante un nuevo supuesto de fraccionamiento o acumulación de leyes del que puede resultar una diversidad de obligaciones para cada una de las partes intervinientes.

Pareciera razonable elegir una sola ley aplicable al contrato entre ausentes como lo hacen el mismo Código Civil y los tratados de Montevideo al tratar del momento de perfeccionamiento del contrato entre ausentes.

Así el artículo 1154 de nuestro Código dispone: "La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente".

Ahora bien, el lugar de donde parte la aceptación de la oferta es en nuestro régimen el determinante de la validez y vigencia del contrato entre ausentes.

Parece razonable que el lugar de cumplimiento del contrato rigiese las obligaciones de las partes si dicho lugar fuese único, o en su defecto el lugar donde existiesen la o las principales sedes o centros de gravitación de la o las relaciones contractuales, conforme a los criterios de previsibilidad, razonabilidad y eficacia en la solución enunciados más arriba.

8. EL TRATADO DE MONTEVIDEO Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El representante uruguayo y miembro informante sobre el Tratado de Derecho Civil Internacional en el II Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1939-1940, doctor Álvaro Vargas Guillemete, decía en dicha oportunidad y al tratar de las relaciones de bienes entre los esposos:

"Es de toda evidencia que: la competencia soberana de un Estado, en su faz legislativa o judicial, sobre relaciones jurídicas internacionales que se localizan en su medio social, civil o económico, no pueden quedar al arbitrio de la voluntad de las personas que quieran variar la competencia correspondiente —indicando otras leyes u otros jueces que los del país de la afectación preponderante o aun exclusiva—.

"La voluntad de las partes no puede sino moverse dentro del límite de libertad o autonomía que le fija la ley competente, como dentro del derecho interno de un Estado, no puede exceder el campo de actividad que aquella delimita.

"Ha constituido, pues, un error de buena parte de la doctrina internacional de todas las épocas, no advertir en toda su importancia, que la noción de la autonomía de la voluntad es absolutamente parasitaria en el desenvolvimiento de nuestra rama del derecho y que nada tiene que hacer como principio

de solución de los conflictos de leyes —que siendo conflictos de soberanías interesadas en el curso de relaciones jurídicas internacionales—, están por encima de los propósitos de voluntad de las personas”.

Y agregaba más adelante: “Como lo hace notar Gounoud, esa teoría de la autonomía de la voluntad deriva del individualismo racionalista de la escuela francesa, que considera al individuo en abstracto como una voluntad libre y aislada dentro del medio social, objeto único por una parte del derecho y por otra su único fundamento.

”En la actualidad, el favor excepcional de que gozó aquel principio, que fue erigido en dogma indiscutido, cuando las concepciones individualistas del siglo XVIII se combinaron con los principios de la escuela economista, en un régimen que con propiedad pudo llamar Hauriou como de *le débordement du contrat*, ha ido desapareciendo en gran parte y aun en los límites sociales de las legislaciones particulares de los Estados, el interés socialmente recomendable que protege la ley, impone justos límites al imperio de la voluntad de las partes, para determinar el derecho correspondiente a los contratos.

”En el orden internacional su improcedencia es notoria, pues la voluntad de las partes no puede ni debe moverse sino dentro de los límites que le fija la regla del derecho competente en la esfera internacional.

”El propio Savigny, cuyas sabias doctrinas han constituido antecedentes invaluable de los trabajos realizados en los Congresos de 1889, no se puede sustraer a la influencia del medio y de las ideas dominantes de la época en que formula su doctrina, y acepta —con carácter general— para justificar su criterio de solución, el que llama ‘principio de sumisión voluntaria’ de las personas comprometidas en relaciones jurídicas internacionales.

”La autonomía de la voluntad, pretendiendo erigirse en sistema que consagre leyes o jueces competentes, debe ser desechado. Las reglas limitativas de la competencia soberana de los distintos Estados son de orden público, pues interesan no sólo a las partes que intervienen en la relación jurídica, sino también a los Estados cuya soberanía se reconoce para gobernar esa relación”.

El doctor Vargas Guillemete volvería sobre el tema de la autonomía de la voluntad al tratar el título de los actos jurídicos.

Al respecto sostenía: “Felizmente hubo en vuestra Comisión acuerdo unánime para mantener —en lo fundamental— el principio de la ley de la ejecución, que siguiendo a Savigny, eligieron con acierto para los tratados vigentes, los congresales del 1889.

”Reafirma esa solución el sistema a que nos hemos referido con anterioridad de la competencia legislativa del país más afectado por el curso de una relación de derecho internacional.

”No se puede pretender sostener con fundamento, que está más interesada en la suerte de un contrato que se celebra en un país y se cumple en otro, la soberanía legislativa del país de la celebración que el de la ejecución.

"Tómense uno y otro medio económico y piénsese a cuál interesa y se vincula de preferencia, el contrato que tiene distintos lugares de celebración y cumplimiento.

"El interés del medio económico —en que el contrato nace— no se advierte en tanto que es evidente el del lugar en que la obligación se cumple.

"Decíamos antes, al formular crítica al sistema de la nacionalidad, que el país de origen no puede tener interés en regir por sus leyes la suerte de sus nacionales, sino cuando al origen se suma el domicilio, que supone la radicación efectiva y con ánimo de permanecer en la sociedad civil asentada en ese territorio.

"Decimos ahora que lo propio ocurre con la ley que gobierna los contratos.

"El lugar de celebración nada importa si no es que en ese mismo lugar se cumple el contrato.

"En otras palabras, digamos que claramente se ve en todas estas relaciones que aparentan interesar a dos o más Estados, cuál es el verdaderamente afectado desde el punto de vista del orden social, económico o civil que debe tutelar.

"Téngase igualmente por repetido con referencia a este punto, lo que expresamos al tratar el problema de las relaciones de bienes entre los esposos, desechando el principio de autonomía de la voluntad de las partes para designar ley competente.

"La delegación argentina, sin desconocer seguramente este principio, propuso un agregado a la redacción del artículo 33 en vigencia, estableciendo que la ley del lugar del cumplimiento regiría el contrato, sin perjuicio de la voluntad de las partes, en cuanto a sus efectos, consecuencias y ejecución.

"No asistió el informante a la reunión de la Comisión en que el profesor Vico sostuvo —con gran brillantez— el punto de vista de su delegación. Pero de sus palabras resulta claramente establecido que ese agregado no tuvo, por una parte, la más mínima referencia con los elementos del contrato que escapan a la voluntad de las personas, y que, por otra, solamente podía tener aplicación dentro del margen de licitud que le otorgara la legislación competente en la esfera internacional.

"No era, pues, ni mucho menos, impropia la propuesta de la delegación argentina, pero asimismo vuestra Comisión la rechazó por entender que la voluntad de las partes, librada en su extensión a la ley competente, dejaba de ser problema de Derecho Internacional Privado, para convertirse en un problema semejante al que plantea todo contrato dentro de la legislación local de cada país.

"Puede, pues, expresarse, tomando como base las palabras y aclaraciones formuladas en ocasión de debatirse ese punto, que en el seno de vuestra Comisión triunfó con carácter general y afirmativo, el principio que niega

toda legitimidad a la autonomía de la voluntad, para erigirse en norma reguladora de los conflictos de leyes”.

De todo lo dicho resulta el erróneo criterio en materia de obligaciones y contratos finalmente seguido en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940.

Obsérvese que el principio de libertad de las convenciones o autonomía de la voluntad que consagra nuestro Código Civil en su artículo 1197 no es sino el resultado de un principio constitucional —art. 19— más amplio que el anterior: “Las acciones privadas de los hombres que no ofenden a la moral o al orden público están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Este principio fundamental, conocido como “cláusula de reserva”, asegura la libertad de las personas en todo Estado de Derecho.

A la inversa, en los regímenes totalitarios rige el principio justamente inverso: “Todo lo que no está expresamente permitido por la ley está prohibido”.

En la *Parte General del Manual de Derecho Internacional Privado*⁷, y más precisamente al estudiar su evolución histórica, hemos señalado las influencias feudales en las escuelas estatutarias, a resultas de las cuales el soberano resultaba a la vez titular del derecho de propiedad o dominio de las tierras sujetas a su gobierno.

Se confundían así, pues, dos atributos de naturaleza diversa: la soberanía, condición esencialmente del gobierno y perteneciente al derecho público, con el dominio o derecho de propiedad intrínsecamente perteneciente al derecho privado.

Tal confusión resultaba explicable en la época del feudalismo en que precisamente el señor feudal reunía ambos atributos como consecuencia del sistema político imperante.

Al elaborar su doctrina de la nacionalidad, Pascual Estanislao Mancini desarrolla en Italia un concepto de la soberanía más limitado ahora al régimen de los bienes y estrechamente vinculado al concepto del orden público internacional.

Pero también Mancini reservaba al principio de libertad el régimen concerniente a las obligaciones y contratos, regulados por tanto por la autonomía de la voluntad.

Es el mismo criterio que sigue Savigny al dar su fundamento jurídico a la materia.

⁷ BALESTRA, R., *Manual...*, cit.

a) Crítica

Las consideraciones de Vargas Guillemete al fundar la posición mayoritaria en ocasión del II Congreso Sudamericano de Montevideo resultan, pues, retrógradas, basadas tal vez en una injustificada prevención de países más pequeños como Uruguay y Paraguay respecto a la actuación extraterritorial de los argentinos.

Pero como ya lo señaláramos en diversas oportunidades, los distintos criterios legislativos con que cada Estado trata instituciones jurídicas determinadas no son materia normal de soberanía u orden público.

Este último sólo desempeña un papel excepcional en situaciones también de excepción, tales como son la vulneración de derechos amparados por garantías constitucionales (así la fórmula del art. 3° de nuestro Cód. Civ.).

Lo contrario importaría colocar a la excepción como regla y a la aplicación del derecho extranjero como excepción, con grave desmedro para la seguridad, finalidad específica del Derecho Internacional Privado.

b) El lugar de cumplimiento interpreta la voluntad pasiva de los contratantes

El lugar de cumplimiento del contrato finalmente elegido para regular todos sus aspectos —excepto las formas— no es sino la derivación que hace el legislador del mismo principio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, así como el legislador, al tratar de la sucesión *ab intestato*, procura desentrañar la voluntad presunta del causante para atribuir a dicha sucesión una ley aplicable; así también en el caso de los contratos ordena respetar a las partes cuando éstas han ejercido la autonomía de su voluntad en forma expresa, ya sea designando directamente las normas que han de regir sus obligaciones contractuales o bien eligiendo una ley que habrá de regularlas (principio del art. 1197 del Cód. Civ. argentino, inspirado a su vez en el art. 1134 del Cód. francés).

Y cuando las partes no han expresado su voluntad acerca de las reglas o la ley que habrá de regular sus convenciones, el legislador procura también entonces —al igual que en el caso de la sucesión— desentrañar su voluntad pasiva o tácita.

Al hacerlo es cuando recurre precisamente al lugar de cumplimiento de las obligaciones.

Porque, al interpretar aquella voluntad tácita de los particulares, ha entendido la ley, como no podía ser de otra manera lícita, que las partes han querido o debido querer el cumplimiento —y no el incumplimiento de sus obligaciones—.

De ahí, pues, que la precisión del legislador no va dirigida, como cree Vargas Guillemete, a autorizar a la autonomía de la voluntad para casos limi-

tados por la misma. Por el contrario, la ley del lugar de cumplimiento de la obligación no es sino la interpretación legal de la voluntad pasiva o no expresada de las partes.

Las demás referencias que hace el citado jurista a las competencias legislativas de los Estados resultan, pues, una derivación de teorías estatutarias, propias de la época feudal, que además aplicaban el derecho extranjero como hecho y a condición de reciprocidad. Todo ello, ciertamente impropio a la altura de la evolución contemporánea del derecho privado de las naciones.

Así disponen los artículos respectivos de los tratados de 1889 (que aprovechamos para citar comparativamente) y de 1940:

El Tratado de 1889 lo hace en su Título X, artículos 32 al 39, y el de 1940 en su Título XI, artículos 36 al 43.

“Artículo 32.— La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”.

“Artículo 39.— Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan. Los instrumentos privados, por la ley del lugar de cumplimiento del contrato respectivo”.

“Artículo 36.— La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado”.

c) Calidad del documento y forma de los instrumentos

Obsérvese la modificación importante acerca de la calidad del documento que ha de regir el contrato, y si el instrumento respectivo ha de ser escrito o no. A la vez, la disposición del artículo 39 del Tratado de 1889, que distingue la ley aplicable a la forma de instrumentos públicos, resulta modificada en 1940 también por la redacción del citado artículo 36 (Tratado de 1940).

Como lo destacara en sus clases Margarita Argúas al comentar las leyes polacas de 1926 y 1965, en materia de la forma, la tendencia contemporánea ha flexibilizado la tradicional regla *locus regit actum* o *lex loci celebrationis regit instrumentum ejus*, ésta según Calandrelli.

En tal sentido ha avanzado precisamente la autonomía de la voluntad para permitir a los particulares elegir, desde luego dentro de pautas de razonabilidad, la o las formas que han de regir sus convenciones.

Y es precisamente en materia de forma en que el propio miembro informante del Tratado de Derecho Civil Internacional, doctor Vargas Guillemete, aceptó en la Comisión respectiva el criterio sostenido en nombre de la delegación argentina por el maestro Carlos M. Vico.

Decía al respecto en su informe Vargas Guillemete:

“La delegación argentina propuso asimismo que se modificara el artículo 32 del Tratado, que se relaciona con la firma de los actos o contratos.

”El profesor Vico propuso la redacción que vuestra Comisión aceptó por unanimidad, distinguiendo entre la calidad del documento correspondiente que se rige por la ley que gobierna el acto jurídico, y sus formas y solemnidades, que siguen la ley del lugar en que se celebran u otorgan.

”Tal corrección concilia de manera muy acertada el interés del Estado cuya ley rige el acto jurídico y el de aquél donde éste se celebra, facilitando también a las partes la mejor y más segura realización del mismo”.

Es decir que aunque el Tratado de 1940, como hemos de ver también en el detalle de su articulado, sigue el criterio de la ley del lugar de ejecución para todos los principales aspectos del contrato, admite que la calidad del documento se rige conforme a la ley a la que está sujeto el acto jurídico respectivo.

Y esta ley puede no ser la ley del lugar de cumplimiento, en casos en que, por ejemplo, el propio tratado admite la ley del lugar de celebración en subsidio de la anterior o bien cuando entrando en juego la ley de un Estado no ratificante del tratado, dicha ley admite la aplicación de la autonomía contractual de las partes.

A su vez, los respectivos artículos 33 y 37 de uno y otro tratado disponen:
“Artículo 33.— La misma ley rige:

Artículo 37. La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige:

- | | |
|--|--|
| a) su existencia; | a) su existencia; |
| b) su naturaleza; | b) su naturaleza; |
| c) su validez; | c) su validez; |
| d) sus efectos; | d) sus efectos; |
| e) sus consecuencias; | e) sus consecuencias; |
| f) su ejecución; | f) su ejecución; |
| g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea. | g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea. |

Las redacciones son coincidentes.

d) Lugar de cumplimiento

Una salvedad parece necesario realizar con respecto a la existencia y naturaleza de los contratos a ser regida por la ley del lugar de su cumplimiento.

En tal sentido resultan nuevamente de importancia los comentarios que hace Vélez Sarsfield en el párrafo final de la nota más arriba comentada al artículo 1205 del Código Civil argentino.

Así resulta excesivo pretender calificar la existencia y naturaleza de un contrato que pueden ser desconocidas por la ley del lugar de cumplimiento —donde, por otra parte, el contrato no ha nacido—, o bien simplemente ser distintas en una y otra legislación.

Este asunto, como los considerados al tratar las calificaciones, creemos que debe ser resuelto conforme al criterio común para resolver los problemas de la *Parte General*⁸.

Los artículos siguientes de ambos tratados consideran distintos tipos de contratos, en los que pese a la fórmula “En consecuencia...” utilizada, ambos tratados siguen en buena medida los criterios introducidos en la materia por el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Florencia de 1908.

e) Contratos sobre diferentes especies y servicios

Veamos pues:

“Artículo 34.— En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

”Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

”Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

”Los que versen sobre prestación de servicios:

”a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;

”b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquél donde haya de producir sus efectos;

”c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato”.

“Artículo 38.— En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley del lugar en donde ellas existían a tiempo de su celebración.

”Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor a tiempo en que fueron celebrados.

”Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor a tiempo de su celebración.

”Los que versen sobre prestación de servicios:

”a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar en donde ellas existían a tiempo de su celebración;

⁸ Véase *Manual...*, cit.

”b) si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquél en donde hayan de producirse sus efectos;

”c) fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor, a tiempo de la celebración del contrato”.

En materia de permuta el Tratado de 1889 contiene una previsión que no ha sido reproducida en 1940:

“Artículo 35.— El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares sujetos a leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contratantes si fuese común al tiempo de celebrarse la permuta y por la del lugar en que la permuta se celebró si el domicilio fuese distinto”. Pero no necesariamente el domicilio común de las partes refleja adecuadamente el centro principal del contrato, particularmente cuando las partes han ido a celebrarlo a un lugar distinto.

Con mejor criterio, los tratadistas de 1940 han definido un criterio más genérico similar al que hemos expuesto al hablar del régimen legal aplicable a los contratos en nuestro Código Civil.

El lugar de celebración desempeña un papel subsidiario al lugar de cumplimiento a fin de establecer la ley aplicable a los contratos cuando el último lugar resulta indeterminado.

Así dispone el artículo 40:

“Artículo 40.— Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, a tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento”.

El artículo 39 del Tratado de 1940, siguiendo el modelo de Florencia, regula los actos de beneficencia por la ley del domicilio del benefactor.

Se juzga de tal manera que el centro principal de este contrato o su prestación más característica es la beneficencia misma.

Los artículos 36 y 41 disponen:

“Artículo 36.— Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia”.

“Artículo 41.— Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal”.

Parece haber una mejor técnica de redacción en el artículo 46 del Tratado de 1940: la accesoriedad está referida no ya a la obligación principal —pues puede haber varios—, sino al contrato principal.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos —entre ausentes— celebrados por correspondencia o mandatario, disponen ambos tratados:

“Artículo 37.— La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta”.

“Artículo 42.—La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”.

La versión de 1940 muestra un criterio más adecuado y similar al seguido por nuestro Código Civil en su artículo 1154. Éste establece que la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que se hubiese enviado al proponente (teoría de la remisión o expedición).

Con otro criterio que ya analizamos más arriba, el artículo 1214 del Código Civil rige el contrato entre ausentes: que cuando no hay lugar designado para su cumplimiento, queda sometido en sus efectos y para cada una de las partes por las leyes de su respectivo domicilio.

CAPÍTULO VI

DERECHO DE LOS BIENES

1. FUNDAMENTOS

En esta materia vuelven a cobrar particular relevancia los fundamentos históricos del Derecho Internacional Privado. Recordemos que, según las escuelas estatutarias, todas las costumbres eran reales, es decir que prevalecía —según su criterio— un crudo territorialismo.

Para la concepción de Bertrand D'Argentré (escuela francesa del siglo XVI), los estatutos reales comprendían incluso la relación de las personas con las cosas. De ahí que la capacidad para adquirir bienes debía regirse también por la ley territorial.

Pero también es cierto que fue en esta materia de la capacidad donde se había abierto la brecha de la extraterritorialidad de la ley, cuando tratándose de la capacidad del boloñés para contratar en Módena, Accursio introdujo el principio de la invariabilidad de la persona y por ende el principio de la ley personal para regular la capacidad.

2. EL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL

Sin embargo, una disposición muy posterior en el Código Civil de Vélez Sarsfield, el artículo 10, dispone que “la capacidad para adquirir bienes raíces situados en el territorio de la República se rige por las leyes de este Código”. Como veremos, la doctrina debió hacer particulares esfuerzos para interpretar —como Romero del Prado— que la capacidad a la que se refiere el artículo 10 es la capacidad o susceptibilidad de las cosas para ser enajenadas, es decir si están o no fuera del comercio, si son inajenables o inenajenables en forma absoluta o relativa.

El maestro Vico ha sostenido que cuando el Código en el artículo 10, que sigue a Story —y éste a los estatutarios holandeses del siglo XVII—, se refiere a la capacidad, en rigor está realizando un reenvío interno a los artículos 6º y 7º del Código Civil que regulan la capacidad por la ley del domicilio, pues de

lo que se trata es de tal capacidad en el sentido del Derecho Internacional Privado argentino, regulada en dichos artículos 6° y 7°.

Se mantiene así buena doctrina *iusprivatista*, pues lo contrario, exigir a un extranjero la capacidad de derecho interno argentino para adquirir bienes raíces en el país, sería introducir un principio tal de inseguridad que vendría a trastocar seriamente el comercio y las relaciones *iusprivatistas*, contrariando todo el régimen de la extraterritorialidad de las leyes.

Pero, sin embargo, la influencia estatutaria y de Story, además de ser recibida parcialmente en el Código de Vélez y más plenamente en el derecho de los países anglosajones y Francia entre otros, también tendría efecto en nuestra jurisprudencia civil en materia de sucesiones.

3. BIENES *UT SINGULI* Y *UT UNIVERSITAS*

Y aquí es donde se debe distinguir los bienes *ut singuli*, es decir, considerados en su individualidad, de los bienes *ut universitas*, esto es integrando un patrimonio o universalidad.

Respecto de éstos —patrimonio o universalidad— debe hablarse en el caso de una sucesión de derechos a la cosa —*ius ad rem*—; mientras que en el caso de los bienes *ut singuli*, además de los derechos a la cosa que tiene el heredero o legatario de una sucesión, corresponde también referirse a los derechos en la cosa —*ius in rem*—, como son los derechos reales propiamente dichos los que constituyen materia de estricto carácter real, reservada a la ley territorial.

Estas materias de estricto carácter real comprenden el número y determinación de los derechos reales en la ley de cada país; las cosas que están dentro o fuera del comercio, su enajenabilidad o inenajenabilidad absoluta o relativa.

4. MODOS Y CAUSAS DE TRANSMISIÓN

En lo que hace a los modos de transmisión de los derechos reales comprenden, a su vez, la tradición, la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pero no las causas de transmisión, entre las que podemos citar la compra-venta y la sociedad como la sucesión misma que es la transmisión de los derechos por causa de muerte, o como también se ha dicho las consecuencias económicas del deceso de una persona que determina “la devolución sucesoria”.

Las disposiciones del Código Civil en materia de Derecho Internacional Privado son claras: los artículos 10 y 11 rigen a los bienes *ut singuli*, es decir considerados en sí mismos, y los artículos 3283, 3612 y concordantes rigen a los bienes que integran la universalidad de la sucesión —*ut universitas*—.

Otra pretendida excepción civilista, carente de suficiente fundamento *iusprivatista*, se apoya en la nota al artículo 3598 referida a la legítima.

Sabemos el valor relativo de las notas que según Vico en este caso se refiere a una cita trunca de Demolombe. Pero en todo caso, lo importante en materia de interpretación es determinar lo que el legislador —en este caso nuestro codificador— ha debido decir en un contexto de razonabilidad.

Un ejemplo claro de ello es la nota al artículo 13 del Código Civil.

Si fuéramos a atenernos estrictamente a dicha nota, el derecho extranjero sería tan sólo un hecho que debe probarse. El evidente exceso que tal criterio traería aparejado y sus graves consecuencias para la justicia con que se resuelva —afectando la certeza de las relaciones— ha determinado que la misma jurisprudencia civil argentina haya reconocido que el derecho extranjero debe aplicarse como derecho ¹.

Nada diferente ocurre, en definitiva, con la consideración de los bienes por nuestra materia.

Los modos no son causas de transmisión.

La condición de la soberanía no puede tener relevancia en el derecho entre particulares, con excepción de materias de estricto carácter real o donde la ley misma reserve ciertos bienes al dominio del Estado o de los nacionales como pueden ser las tierras en zona de frontera. Pero fuera de estos casos de excepción, rige el principio de igualdad ante la ley entre todos los habitantes de la Nación.

Si esta igualdad se viera quebrada por imprecisas razones de soberanía u orden público que de excepcionales se quisieran transformar en normales, quedaría afectado todo el funcionamiento del Derecho Internacional Privado y su esencial mecanismo de aplicar derecho extranjero.

Todo ello con serio detrimento de las antedichas estabilidad y certeza de los derechos privados.

5. CASO ESPECIAL: HIPOTECA CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO SOBRE BIENES INMUEBLES SITUADOS EN EL PAÍS

El artículo 3129 del Código Civil contempla el caso de la hipoteca constituida en el extranjero sobre inmuebles situados en el país y lo condiciona para su validez a las condiciones y formas dispuestas en el artículo 1211 que dispone:

“Artículo 1211.— 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 el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaran legalizados. Si por ellos se

¹ BALESTRA, Ricardo R., *Manual...*, cit.

transfiriere el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente”.

6. CAUSA LÍCITA

Y agrega el artículo 3129:

“.....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”.

La condición de la causa lícita en la República es concordante con lo dispuesto por el artículo 1209 en materia de contratos celebrados en el extranjero que tengan su cumplimiento en el país.

Las notas a los artículos 1206, 1207, 1208 y 3129 son coincidentes en el ejemplo del contrabando que teniendo causa ilícita en el país anulen respectivamente el contrato o la hipoteca en su caso.

7. TRATADOS DE MONTEVIDEO

Por último, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 en sus títulos IX y X—arts. 26 y 32—, respectivamente, rigen a los bienes, cualquiera que sea su naturaleza por la ley del lugar donde están situados (es el 89 donde existen) en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad y a todas sus relaciones de derecho de carácter real.

Los artículos 29 (del Tratado de 1889) y 33 (del Tratado de 1940) se refieren, respectivamente, a los derechos creditorios que se reputan situados en el lugar donde la obligación de su referencia debe cumplirse.

En el Tratado de 1940 se agrega que si este lugar no pudiera determinarse a tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados—los derechos creditorios— en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Se agrega en el artículo 40 que los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición se reputan situados en el lugar donde se encuentran.

En lo que hace al 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. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.

Con respecto al cambio de situación de la cosa mueble litigiosa—agrega el Tratado del '40— operado después de la promoción de la respectiva acción

real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

Por último, los artículos 31 del Tratado de 1889 y 35 del de 1940 hacen prevalecer los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, conforme con la ley del lugar de la nueva situación y antes de llenarse los requisitos de fondo y forma exigidos por dicha ley de la nueva situación, derechos aquellos que prevalecen sobre los del primer adquirente.

CAPÍTULO VII

DERECHO DE LAS SUCESIONES

1. EL PATRIMONIO

En esta materia son válidos muchos de los fundamentos ya analizados al tratar la materia de los bienes. Esto es el diferente tratamiento de los bienes considerados *ut singuli* y *ut universitas*.

En este último caso, cuando integran una universalidad, ésta es un todo ideal sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos.

“Artículo 2312.— Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman ‘bienes’. El conjunto de los bienes de una persona constituye su ‘patrimonio’”.

Ejemplos de universalidades son la sociedad conyugal, el concurso civil o la quiebra y la sucesión.

Esta última resulta la consecuencia jurídica del deceso de una persona. Y en tal sentido, constituye la sucesión a título universal (por muerte) de la que trata nuestro Código Civil en su Libro IV, artículos 3279 y siguientes.

No es, como dijimos, al tratar de los bienes, un modo de adquirir la propiedad (tradición, escritura o posesión). Es una causa de dominio como la compraventa o la sociedad. Produce un *ius ad rem*, derecho a la herencia, y no un derecho específico sobre cada una de las cosas, si bien esta titularidad sobre las cosas individuales será, en definitiva, la consecuencia del derecho al todo ideal.

2. FUNDAMENTOS DE LA UNIDAD

Savigny, al dar la fundamentación jurídica de la sucesión, estrechamente vinculada al derecho de familia, dice que “...reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. Se concibe fácilmente que esa presunción varía

según las diversas legislaciones, pero no que en un caso dado, se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa, que para sus dominios rurales, o para su dinero, cuando no ha hecho una declaración expresa por testamento”¹.

3. LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO

Obsérvese la analogía con el pensamiento del propio Savigny cuando trata de encontrar el asiento de las obligaciones que nacen de los contratos. Recordemos que, a diferencia de las personas y las cosas, corporizables ambas en el espacio, las obligaciones tienen, en cambio, una naturaleza invisible.

Por otra parte, tratándose de obligaciones contractuales el legislador ha delegado en los particulares la facultad de crear en sus convenciones reglas a las que deben sujetarse como a la ley misma (principio de la autonomía de la voluntad). Pero, a falta de elección expresa por los particulares de dichas reglas, y en ausencia de las mismas, el intérprete o el juzgador debe avocarse a la tarea de interpretar la voluntad presunta de los contratantes. Teniendo en cuenta el criterio de licitud que deben seguir las obligaciones, éstas deben contraerse para cumplirse y no para violarse. En consecuencia, Savigny —y el Código Civil que lo sigue en su art. 1209— aplica en subsidio al principio de la autonomía de la voluntad, la ley del lugar de cumplimiento de la obligación.

4. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

Cuando se trata, en cambio, de la sucesión, no hay partes que contratan, pero sí existe un causante que puede haber expresado o no su última voluntad por testamento.

Si lo ha hecho, rige la voluntad testamentaria en la medida que no afecte, en nuestro régimen, normas de orden público relativas a la porción legítima de los herederos forzosos. Más adelante, analizaremos el carácter interno o internacional del antedicho orden público relativo a la legítima. También en materia de obligaciones contractuales, éstas no deben exceder el ámbito de la autonomía de la voluntad vulnerando el orden público del territorio de su cumplimiento.

Pero en el caso de que el testamento mencionado no viole normas de orden público deberá respetarse plenamente la voluntad expresa del causante. ¿Qué ocurre cuando no ha expresado esta voluntad, es decir, cuando no hay testamento?

De un modo análogo a la relación contractual, se trata de interpretar la voluntad pasiva del causante. Y mientras que en los contratos se entiende que las

¹ SAVIGNY, M. F. C., *Derecho Romano*, T. 8, págs. 375 y 376.

partes han debido querer el cumplimiento y no el incumplimiento de la obligación, pues en tal caso se estaría violando el principio de licitud, en el caso de la sucesión se interpreta que al causante —cuya voluntad presunta se debe interpretar— ha podido tener una y no más voluntades para sus diversas clases de bienes. De otro modo resultaría muy difícil interpretar diversas voluntades del causante.

5. EL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL

Sin embargo, Vélez agrega en la primera parte de la nota al artículo 3283: “...Puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado, y cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República, artículo 10 de este Código”.

A su vez el artículo 3598 dispone que:

“Artículo 3598.— El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas”.

Y la nota respectiva dice:

“Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas, nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. 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. Así, la máxima común es: *quod sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonium intelliguntur*. Véase Demolombe, tomo 1, número 93”.

Según Fornieles la mención de Vélez en la nota al artículo 3598 corresponde a una cita trunca de Demolombe que pone el ejemplo en inmuebles.

De todos modos se trata tan sólo de una nota que debe ceder ante las disposiciones expresas tanto del artículo 3283 como del 3612, que disponen:

“Artículo 3283.— El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”.

“Artículo 3612.— El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte”.

6. LA LEGÍTIMA

Incluso la nota al artículo 3612 establece:

“Supóngase que un testador dispusiera gravando la legítima de los hijos, o disponiendo de sus bienes sin consideración a las legítimas que debe reser-

var; tal disposición sería nula si no fuese conforme a la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, aunque la legítima hubiese sido diferente al hacer el testamento...”.

Vico, en su *Curso*² da el correcto fundamento interpretativo, al sostener:

Es decir, resumiendo: la legítima es una institución del derecho de familia a preservar una porción no disminuíble de la herencia y en favor de los herederos forzosos; en nuestro derecho ascendientes, descendientes y cónyuge, a menos que existan causales específicos de desheredación.

Pero es al mismo tiempo la legítima una institución de orden público interno.

7. HEREDEROS EXTRANJEROS Y ARGENTINOS: EL ARTÍCULO 3470 DEL CÓDIGO CIVIL

Por ello es que un artículo expreso del Código Civil (y no una nota como la del artículo 3598 que sólo tiene valor interpretativo) se ocupa de la protección de los herederos en el ámbito del orden público del derecho civil argentino de sucesión.

Y así el artículo 3470 dispone:

“Artículo 3470.— En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales”.

Este artículo tomado del Código francés, en rigor lo que hace es compensar a los herederos argentinos o domiciliados en el país de los perjuicios que pudieran sufrir en el trámite de una sucesión en el extranjero del mismo causante.

Recordemos que el artículo 3283 regula la sucesión por el derecho local del último domicilio del causante. Esta disposición interpretada literalmente no permite el reenvío a otro derecho pues está adoptando la menor cantidad de derecho extranjero aplicable al caso, “derecho local” y no Derecho Internacional Privado del último domicilio. Es decir que el supuesto del artículo 3470 debe estar referido en la buena doctrina a la apertura de una sucesión en la Argentina por ser ésta el último domicilio, y simultáneamente otra sucesión abierta en el extranjero en virtud de leyes locales de ese país como la que regula la sucesión por el lugar de situación de los bienes.

² VICO, Carlos M., *Curso...*, cit., págs. 9 y 29.

8. JURISDICCIÓN EN MATERIA SUCESORIA

El artículo 3284 del Código Civil, de un modo coincidente con el criterio del 3283 en materia de derecho aplicable, declara la competencia de los jueces del lugar del último domicilio del difunto. La excepción en el ámbito más bien del derecho interno argentino está constituida por el artículo 3285 para el caso de que el difunto no hubiese dejado más que un solo heredero, en cuyo caso será competente el juez del domicilio de dicho heredero, una vez que haya aceptado la herencia.

9. POSESIÓN

Resulta de interés destacar la disposición del artículo 3411 del Código Civil, hoy derogada por la ley 17.711. Establecía que: “Si el autor de la sucesión hubiere fallecido, y sus herederos legítimos descendientes o ascendientes, estuviesen fuera de la República, o fuera de la provincia donde se hallen los bienes, para tomar ellos la posesión de la herencia, deben pedirla al juez del territorio, acreditando la muerte del autor de la sucesión y su título a la herencia”.

Es decir que en el régimen de los artículos 3410 y 3412 los ascendientes, descendientes y cónyuge entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, se encuentren o no en el país.

En cambio, los otros parientes no pueden tomar posesión de la herencia sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión.

En materia de sucesión testamentaria la ley 163 de 1865 prevé en su artículo 1º la intervención de los cónsules extranjeros —de la nación que corresponda— en el caso de sucesión *ab intestato* en la Argentina de algún extranjero, sin dejar descendientes, ascendientes o cónyuges públicamente reconocidos como tales, residentes en el país o con testamento, si fueren extranjeros los herederos y estuviesen ausentes, y ausentes también el albacea testamentario.

Según el artículo 3º, esta intervención consular se limitará:

- 1º) a sellar bienes muebles y papeles del causante y
- 2º) a nombrar albaceas dativos.

10. CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA SUCEDER

De conformidad con la buena doctrina sentada en el artículo 3283 y el criterio general en materia de capacidad, los artículos 3611 y 3612 reglan esta materia siguiendo también a Savigny.

Así la capacidad o incapacidad para testar se halla sujeta a la ley del domicilio del testador al tiempo de otorgar su testamento.

A su vez, el contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley del domicilio del testador al tiempo de su muerte.

En efecto, esta ley es la que regula la sucesión como lo expresa el artículo 3283 y no necesariamente la capacidad para testar, que como lo expresa el artículo 3613, es requerida al tiempo de otorgar el testamento, aunque se tenga o falte al tiempo de la muerte.

11. FORMAS DEL TESTAMENTO

Los artículos 3634 y 3636 tratan la materia de la forma.

Se sienta el principio general de la ley del lugar de otorgamiento del testamento ya sea celebrado en el país o en el extranjero.

El artículo 3636 autoriza además el testamento hecho por un argentino en el extranjero ante una autoridad diplomática (ministro plenipotenciario, encargado de negocios o cónsul de nuestro país) y dos testigos domiciliados en el lugar, sellándose debidamente por la legación o consulado.

El artículo 3637 detalla los pasos reglamentarios siguientes para la inscripción del testamento en la República a través del juez del último domicilio del causante en la República, no conociéndose este domicilio a través de un juez de primera instancia en la Capital para su posterior protocolización ante escribano designado por el juez interviniente.

12. EL CRITERIO DE LA NACIONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 3638 es la única norma de nuestro Código a propósito de la forma del testamento de quien se halla fuera del país. Dicho testamento para tener efecto en nuestro país debe hacerse según las formas de:

- 1) el lugar en que reside, o;
- 2) de la nación a que pertenezca, o;
- 3) según las formas previstas por el mismo Código Civil.

Vemos como en una misma norma se fijan como alternativa (único caso) las leyes de la residencia, de la nacionalidad y del lugar de cumplimiento, en este caso del testamento.

13. TRATADOS DE MONTEVIDEO. LA SOBERANÍA

Con excepción precisamente de algunas formas del testamento ambos Tratados de Montevideo siguen el criterio de la pluralidad o fraccionamiento para regir todos los aspectos de la sucesión.

Así lo fundamenta de un modo elocuente la expresión del miembro informante del Tratado de 1940 de Derecho Civil Internacional, doctor Álvaro Vargas Guillemete: "...La soberanía afectada en el curso de una relación ju-

rídica sucesoria es siempre, cualquiera sea el domicilio del causante o de los herederos, la del lugar de situación de los bienes”.

Vemos aquí reaparecer el fundamento político de la soberanía de anterior raigambre feudal que confunde el atributo del gobierno propio del derecho público con el dominio esencial al derecho privado.

Lamentablemente los países del régimen de Montevideo siguen este criterio que ha hecho suyo también la jurisprudencia argentina.

Veamos, pues, las disposiciones de ambos Tratados.

TRATADO DE 1889

TÍTULO XII

De las sucesiones

Artículo 44.— La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto, no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes, será admitido en todos los demás.

Artículo 45.— La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad de la persona para testar;
- b) La del heredero o legatario para suceder;
- c) La validez y efectos del testamento;
- d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;
- e) La existencia y proporción de las legítimas;
- f) La existencia y monto de los bienes reservables;
- g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Artículo 46.— Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes, gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

TRATADO DE 1940

TÍTULO XII

De las sucesiones

Artículo 44.— La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás.

Artículo 45.— La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad del heredero o legatario para suceder;
- b) La validez y efectos del testamento;
- c) Los títulos y derechos hereditarios;
- d) La existencia y proporción de las legítimas;
- e) La existencia y monto de los bienes disponibles;
- f) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Artículo 46.— Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

TRATADO DE 1889**TÍTULO XII****De las sucesiones**

Artículo 47.— Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.

Artículo 48.— Cuando las deudas deban ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

Artículo 49.— Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes y que deje en dicho domicilio, y en defecto de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Artículo 50.— La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida.

TRATADO DE 1940**TÍTULO XII****De las sucesiones**

Artículo 47.— Si dichos bienes no alcanzaren para el pago de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán su saldo proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del derecho preferente de los acreedores locales.

Artículo 48.— Cuando las deudas deban ser pagadas en algún lugar en donde el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

Los créditos con garantía real quedan exentos de lo dispuesto en este artículo y en los dos anteriores.

Artículo 49.— Los legados de bienes determinados por su género, y que no tuvieron lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador a tiempo de su muerte; se harán efectivos, sobre los bienes que deje en dicho domicilio; y, en defecto de ellos, o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Artículo 50.— La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en donde ella sea exigida.

TRATADO DE 1889
TÍTULO XII
De las sucesiones

Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

TRATADO DE 1940
TÍTULO XII
De las sucesiones

Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de la cual ese bien depende.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación, proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

CAPÍTULO VIII

FORMA

1. LA PARTE GENERAL

Decíamos en nuestro *Manual* sobre la Parte General de la materia al referirnos en su parte histórica a la escuela holandesa del siglo XVII ¹:

“Responde tal creación a la escuela holandesa, que la refirió especialmente a la forma de los actos jurídicos. Debe recordarse que, en materia de estatutos, la escuela holandesa siguió la clasificación de D’Argentré considerando a la mayoría de aquéllos como reales, es decir, que el principio dominante seguía siendo la aplicación del derecho territorial. Las excepciones, como hemos visto, vendrían por la vía del fundamento utilitario.

”Pero, respecto de cierto tipo de estatutos que se refieren incidentalmente a las cosas y a las personas, sin disponer propiamente de ellas sino de las apariencias de los actos que realizan, es decir su forma, Pablo Voet expresa la idea del estatuto mixto. Mixto, porque reúne en sí cualidades que hacen simultáneamente el estatuto real y personal. Así es que, según el principio tradicional ya desde la escuela italiana, la forma de los actos queda regulada según el principio *locus regit actum* (o, como veremos al tratar específicamente de la Forma, *lex loci actus regit instrumentum ejus*, según la fórmula de Calandrelli; la ley del lugar del acto rige el instrumento del mismo).

”Según el principio *locus*, prevalece, para regir la forma de los actos, la ley del lugar de su celebración. Tal aplicación de la ley local (del lugar de celebración), aproxima esta suerte de estatutos reales, en que domina el derecho territorial.

”Pero a la vez, los estatutos mixtos se vinculan a los estatutos personales (aquellos que acompañan a la persona y son respetados extraterritorialmente), por cuanto los actos realizados formalmente según las prescripciones de la ley local, conservarán su validez cuando se trate de hacer valer la forma de dichos actos fuera del territorio, donde tal forma sería también respetada.

¹ BALESTRA, R., *Manual...*, cit., T. II, pto. 15, pág. 44, en “La Creación del Estatuto Mixto para la Forma de los Actos”.

”Todo ello respondía asimismo al fundamento de la cortesía, válido tanto para los estatutos personales y reales cuando se tratase de su aplicación extraterritorial.

”Pero, en lo que hace a los estatutos mixtos propiamente dichos, su carácter de tales resultaba de que, conservando caracteres del estatuto real (aplicación de la ley local a la forma de los actos) y del personal (validez posterior extraterritorial de tal forma) se referirían especialmente a la manera y solemnidades, que deben observarse en los negocios judiciales y extrajudiciales.

”Se diferenciaba así esta concepción del estatuto mixto de la enunciada por la escuela francesa del siglo XVI, que entendía por tal al que tuviese simultáneamente elementos personales y reales en las relaciones jurídicas a que se refiriese, pero que no comprendía precisamente a la forma de los actos.

”La concepción del estatuto mixto para regir la forma de los actos, sometiéndola a un principio especial y propio (*locus regit actum*), si bien no innova esencialmente la concepción de Bartolo en la escuela italiana, significa sí una sistemática propia para dar certeza a la validez extraterritorial de las formas y solemnidades de los actos jurídicos”.

2. ORIGEN

A su vez, Víctor N. Romero del Prado en su *Derecho Internacional Privado*², analiza “La regla *locus regit actum*” y dice al respecto:

“*Sentido de sus términos:* Significa que la ley del lugar de la celebración del acto rige las formas extrínsecas, aunque esto no surge de sus términos literales. Por ello, con mayor propiedad se ha propuesto entre nosotros por Calandrelli, para fijar más exactamente el alcance de la regla, decir: *Lex loci celebrationis o lex loci actus* (ley del lugar de celebración) *regit instrumentum ejus*.

”*Origen:* Algunos autores como Savigny, sostienen que su origen se remonta al siglo XVI; para otros a la época de los glosadores, comienzos del siglo XIII, no faltando quien encuentra su origen en el Derecho Romano, citándose diversos textos y no obstante la opinión contraria de Savigny, conclusión a la que arriba después de un análisis minucioso de los mismos.

”Para Pillet, la regla *locus regit actum*, que permite usar formas prescriptas por la ley del lugar en que se ha verificado el acto, se remonta a los primeros orígenes de nuestra ciencia. Dice: ‘Nuestros antiguos autores discutían la cuestión a propósito del testamento. En muchos casos, el testamento es un acto que no se puede diferir; importa, por consiguiente, que se puede hacer válidamente en cualquier lugar, y que se reconozca su validez en donde quiera que estén situados los bienes del testador. Los bartolistas presentaban hipóte-

² ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, T. II, pto. 3, La Ley, Buenos Aires, 1944, págs. 585 y 586.

sis de un testamento hecho por un extranjero en Venecia, ante dos testigos, cuando según el derecho común habrían debido de ser siete. ¿Era válido este testamento? ¿Era válido en Venecia en donde se había hecho? ¿Era válido en otra parte, en cualquier lugar en que pudieran estar situados los bienes dejados por el testador?

El primero de estos dos puntos no ofreció dificultades. Los magistrados de todos los países tienen marcada tendencia a considerar válidos los actos realizados conforme al estatuto propio de su ciudad... Más trabajo costó admitir que el testamento, cuya forma satisfacía las leyes del lugar en que se había hecho, era válido aun en países extranjeros, en los lugares de situación de los bienes del difunto. La doctrina italiana se resignó a ello de buen grado: una vez admitida la preeminencia de un estatuto particular sobre el derecho común, que era para ella el punto delicado, no parece que opuso gran dificultad en admitir el efecto extraterritorial del testamento redactado conforme a la regla *locus regit actum*³.

”Después de una suerte varia, siguiendo un camino de triunfos y de eclipses pasajeros (Edicto perpetuo de 1611, art. 13 que sometía a la ley de la situación de los bienes la forma de los actos jurídicos que a ellos se referían, vigente en los Países Bajos), terminó por ser aceptada definitivamente, a partir del siglo XVIII, con su aplicación en la célebre sentencia dictada por la Gran Cámara del Parlamento de París el 15 de enero de 1721, en el *affaire de Pomereu*. Éste había otorgado testamento en Douai, siendo original de París, o sea en el lugar de su residencia donde desempeñaba sus funciones de gobernador, tratándose de un testamento ológrafo. A su muerte, sus herederos sostenían que dicho testamento no pudo ser otorgado en dicha localidad con efectos válidos porque estaba regida por el Edicto Perpetuo de 1611, según el cual los testamentos debían ser firmados por el testador y dos testigos y recibidos por un notario, un cura o un vicario, y el domicilio lo tenía en Douai, donde no era admitida la forma ológrafa. El tribunal de apelación citado resolvió que debió seguirse la costumbre de Douai para la redacción del testamento, o sea la ley del lugar de su celebración, lo que importaba exigir la aplicación de la máxima *locus regit actum*”.

3. NUESTRA LEGISLACIÓN

Dispone el artículo 12 del Código Civil:

“Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”.

Concordantemente el artículo 950 referido a los actos jurídicos:

³ PILLET, citado por ROMERO DEL PRADO, *Principios...*, trad. castellana, T. I, párrafos 251 y 252.

“Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren (art. 12)”.

Por su parte el artículo 1180 al referirse otra vez a la forma de los contratos entre presentes dispone que “será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”.

4. LEGISLACIÓN COMPARADA

Coincidentes con este criterio, Romero del Prado cita las disposiciones de los códigos de Brasil, Méjico, Perú, Guatemala y Venezuela.

Los códigos de Italia y Alemania, a su vez, se inclinan por la ley que rige la relación jurídica que constituye el objeto del acto (Italia) y la autonomía de la voluntad de las partes, referida dicha autonomía a la posible elección entre la ley local, la que rige la sustancia del acto y la nacional del disponente o de los contratantes, si es común a ellos.

5. CASOS PARTICULARES EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

TRANSFERENCIA DE DERECHOS REALES

Dispone el artículo 1211 de nuestro Código Civil:

“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 el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos 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 de un juez competente”.

Y agrega la nota del citado artículo:

“Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar de instrumentos públicos, no se exige que precisamente sean hechos por notarios, o escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fe pública, que imprimen autenticidad a los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras, como Austria, Prusia, etcétera, en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad a los actos, y los notarios se limitan a protestas de letras, o a recibir los contratos de las personas que no saben escribir. Respecto de los contratos hechos en estas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público”.

La citada nota demuestra el criterio amplio de Vélez Sarsfield para reconocer —extraterritorialmente— la validez formal de actos realizados en otros países conforme a las leyes aplicables a la instrumentación de dichos actos en tales países.

6. HIPOTECA

En sentido concordante dispone el artículo 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 artículo 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”.

Y agrega la nota al citado artículo:

“Véase el comentario de Gómez de la Serna al artículo 5° de la Ley Hipotecaria de España. Hablamos de causa lícita de la obligación, porque hay algunos actos o contratos que al mismo tiempo que están autorizados, o que por lo menos no están prohibidos por la ley de un Estado, son ilícitos en otros, y hasta se reprimen por sanciones penales. Supóngase que el origen de la obligación hipotecaria fuese la introducción de contrabandos en la República, para asegurar una cantidad de peso debido a uno de los partícipes en esos actos, o de juego, en un Estado en que son lícitos los juegos de suerte y de azar, y que en virtud de compromiso, el jugador, para asegurar el pago de una suma perdida al juego, hipoteca una casa que tiene en este país. Escrituras de tales orígenes no producirían ningún efecto en la República Argentina, por fundarse en una causa ilícita, según nuestras leyes, y no podría tomarse razón de ellas en la oficina de hipotecas”.

Como vemos, nuevamente en el caso de la hipoteca, Vélez afirma el concepto de reconocimiento amplio del valor extraterritorial de la forma de los actos celebrados conforme a la ley aplicable a dicha forma.

Desde luego se hace expresa salvedad respecto a la posible causa ilícita del contrato, lo que también resulta concordante con otras disposiciones en la materia en el mismo Código Civil, particularmente los artículos 953, 1206, 1207 y 1208 (y sus notas) referidos a los actos jurídicos, el primero, y a la ley aplicable a los contratos internacionales, los tres últimos.

7. LA FORMA DEL MATRIMONIO

Como decíamos al tratar del matrimonio, el mismo definido por Vico como una institución social presenta, de un modo particular en el Derecho Internacional Privado, una estrecha relación con el concepto del orden público internacional.

Como lo hemos dicho al tratar la Parte General, este orden público constituye, en materia de conflictos de leyes o jurisdicciones, el límite a la aplicación del derecho extranjero.

La necesidad social sustantiva de proteger la familia constituida, o a constituirse, rodea al matrimonio de una serie de formas y solemnidades para su constitución misma, en primer término:

- a) de un plexo de derechos y deberes personales de los cónyuges, propio de esta institución, luego;
- b) de un régimen patrimonial que deriva en la existencia de la sociedad conyugal;
- c) y, finalmente, de una normativa propia sobre nulidad y disolución del vínculo matrimonial.

En todas estas materias, relativas a la institución matrimonial, el orden público desempeña un papel relevante.

Así, por ejemplo, el clásico principio de que la capacidad se encuentra regulada por la ley personal da paso, en materia matrimonial, a la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Como lo explicara Story, este principio afirma la certeza en el establecimiento del vínculo matrimonial, de otro modo sujeto a una diversidad de leyes posiblemente aplicables al mismo. Dichas leyes, siendo opuestas, podrían hacer al mismo matrimonio válido en un país y nulo en otro, con seria afectación de la seguridad de los contrayentes y de los terceros.

8. EL ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO CIVIL

La más reciente disposición de nuestro Derecho en materia de validez del matrimonio es el artículo 159 del Código Civil reformado por la ley 23.515.

El citado artículo regula las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio 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.

Queda superada así la duda acerca de si el artículo 159, antes de la reforma, y posteriormente el artículo 2º de la Ley de Matrimonio Civil 2393, al hablar de la validez del matrimonio, alcanzaba o no a la capacidad —condición intrínseca— o a las formas, condición extrínseca.

La disposición conserva la expresión de Vélez “aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas (dice ahora, antes decía ‘a las formas y leyes’) que en él rigen”.

Es decir, prevalece por una razón de orden público —institución que debe jugar un papel excepcional— el principio de la ley del lugar de celebración, que no es, en este caso especial, facultativa de las partes. Por ello, no pueden elegir libremente la forma que ha de regir la celebración del matrimonio, aunque sí pueden hacerlo con el lugar de dicha celebración.

9. FUNDAMENTO DE SEGURIDAD

Las antedichas razones de Story, que oportunamente acogiera nuestro codificador, y la falta de sorpresa para los celebrantes en la fijación de la ley del lugar de celebración para la forma del matrimonio, reafirman asimismo en este caso la certeza de la relación jurídica en cuestión, finalidad incuestionable del Derecho Internacional Privado.

10. LIBROS DE COMERCIO

Como ya dijimos al tratar este tema en el Derecho Comercial Internacional: “Cuando tratamos en nuestro *Manual* la parte histórica y, dentro de ella, a los estatutarios holandeses del siglo XVII, nos referimos al estatuto mixto referido a la forma de los actos.

”En dicha forma, podemos distinguir las llamadas *ordenatoria* y *decisoria litis*.

”Las primeras, vinculadas al modo de llevar ciertas formas o producir determinadas pruebas y las segundas, referidas al valor probatorio mismo de aquellas formas o pruebas.

”Así, en materia de libros de comercio, pertenecen a la primera categoría u *ordenatoria litis* el número de libros, la forma de llevarlos y la obligación de exhibirlos en juicio. Quedan por tanto regulados por la ley del foro o del lugar donde es exigida la respectiva prueba. En cambio, su valor probatorio y admisibilidad en juicio corresponden a la *decisoria litis* y están regulados por la ley que regula el fondo de la cuestión, pues ya no es sólo una cuestión de forma, sino un aspecto sustantivo de los citados libros”.

11. FORMA DE LOS ACTOS CAMBIARIOS

Al tratar de la letra de cambio y su legislación aplicable dijimos que, según el artículo 26 del Tratado de 1889:

“Artículo 26.— La forma del giro, del endoso, de la aceptación y del protesto de una letra de cambio, se sujetará a la ley del lugar en que respectivamente se realicen dichos actos”.

El artículo 23 del Tratado de 1940, a su vez, incluye en la misma normativa el aval y a los actos necesarios para el ejercicio o la conservación de los derechos en materia de letra de cambio.

Ello deriva además del principio *lex loci celebrationis*, de la fundamental autonomía, independencia y separabilidad de las obligaciones cambiarias incorporadas a la legislación argentina por los Tratados de Montevideo.

12. FAVOR NEGOTII

a) En el Código Civil

Recordemos que el artículo 14 de nuestro Código Civil en su inciso 4º) dispone que las leyes extranjeras no serán aplicables cuando las leyes de este Código en colisión con las extranjeras fuesen más favorables a la validez de los actos.

De este artículo deriva Calandrelli el carácter facultativo de la regla *locus regit actum*: las partes podrían optar entre la aplicación de la ley extranjera o la argentina para regular la forma de los actos.

Otros autores, como Vico y Lazcano, entienden que se trata de una excepción —la del art. 14, inc. 4º— que trasciende la materia de la forma y que pretende asegurar la validez del acto jurídico, nulo, según la ley extranjera pero válido para nuestra ley.

Lo que Goldschmidt denominó *favor negotiarum patriae*.

b) En el Tratado de Montevideo: letra de cambio

Como dijimos al tratar del *favor negotii* en el derecho comercial internacional, el Tratado de 1940 prevé en su artículo 24 una disposición *in favor negotii*, en el supuesto de que las obligaciones contraídas en una letra de cambio no sean válidas según la ley del lugar, pero si se ajustan a la ley del Estado donde una obligación ulterior haya sido suscripta, la irregularidad en la forma de aquella letra no afectará la validez de la segunda obligación. Esta disposición introducida en el Tratado de 1940, confirma, además, el carácter autónomo y separable de cada obligación cambiaria.

13. EMBARGO

Al tratar de esta medida precautoria en el derecho procesal internacional decíamos que:

La procedencia o improcedencia del embargo es una cuestión de fondo o sustantiva, sujeta, por lo tanto, a la *lex causae* que rige dicha materia donde tramita el proceso principal y que constituye, asimismo, una forma decisoria (*decisoria litis*), pues resuelve sobre la validez del acto.

En cambio, en la traba del embargo, su forma y la inembargabilidad de los bienes denunciados a ese efecto, se regirán por las leyes y se ordenarán por los jueces del lugar en donde dichos bienes estuvieran situados.

Como vemos, la traba del embargo y la forma de hacerse son, en el Tratado de Montevideo, cuestiones de carácter real, sujetas por lo tanto a la *lex rei sitae*.

En cuanto a la embargabilidad o no de los bienes —por estar o no dentro del comercio o gozar el deudor en ciertos casos del beneficio de su inembar-

gabilidad— es materia también de orden público territorial sujeta, por lo tanto, a la ley del lugar de situación de dichos bienes.

14. LA PRUEBA EN EL PROCESO

En materia de formas ordenatorias y decisorias referidas a las pruebas a producir en el trámite de un proceso internacional, remitimos a lo dicho al tratar la prueba en el derecho procesal internacional.

15. LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS: *APOSTILLE*

La Convención de La Haya de 1961, ratificada por nuestra ley 23.480, suprime la necesidad de legalización de documentos públicos y extranjeros, a condición de que cuenten con una acotación a ser hecha por la autoridad competente del Estado en donde se originó el documento. Esta acotación sirve para certificar la autenticidad de la firma, el carácter en que actuó el signatario del documento y, eventualmente, la identidad del sello o timbre que lleve el mismo documento.

Dicha actuación llevará el título de "*Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)*" escrito en idioma francés.

16. TRATADOS DE MONTEVIDEO. FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Como analizamos al tratar de los contratos, disponen en materia de forma los respectivos Tratados de Montevideo.

TRATADO DE 1889

TÍTULO X

De los actos jurídicos

Artículo 32.— La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

TRATADO DE 1940

TÍTULO XI

De los actos jurídicos

Artículo 36.— La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

De acuerdo a lo dicho, tanto en nuestra legislación como en el derecho comparado la regla *locus regit actum* o más específicamente *lex loci celebrationis regit instrumentum ejus*, como lo aclarase Calandrelli no tiene carácter imperativo.

Por virtud de la ley misma resulta compatible con otras como las indicadas en los distintos casos: ley que rige el fondo de la cuestión, ley del lugar de situación, ley del lugar donde se publican las formas, etcétera.

a) La autonomía de la voluntad y la forma

Asimismo y como lo dispusiera entre otras la ley polaca de 1965 citada en sus clases magistrales por Margarita Argúas, la autonomía de la voluntad, consagrada en el artículo 1197 de nuestro Código Civil, alcanza también a la materia de la forma.

Ello, con la sola excepción parcial de normas específicas como las de los artículos 159 de la Ley de Matrimonio; del artículo 1211 sobre modalidades para la transferencia en el extranjero de inmuebles situados en la Argentina o el 3129 en materia de hipoteca.

Al respecto resulta ilustrativa la polémica mantenida por el autor con el profesor Werner Goldschmidt y que cita la publicación del diario La Nación del 6-VIII-1969 bajo el título "Comenzó su actividad el Congreso de Derecho Hispano-Luso-Americano".

En dicha Reunión el profesor Goldschmidt sostuvo como ponencia que el principio de la exención jurisdiccional de los Estados ante tribunales extranjeros por actos *iuri gestionis*. "No existe si el Estado extranjero expresamente renunció a ella en un contrato en el cual aparece también como deudor". Y agregaba: "esta renuncia no es revocable".

Nuestra posición en la emergencia destacó que la renuncia a la exención jurisdiccional hecha en tal circunstancia contractual por el país deudor, estaba lejos de ser una cláusula libremente pactada, sino generalmente impuesta en forma de arbitraje internacional por los países o empresas acreedoras. Posteriormente habrían de cancelar las condiciones del arbitraje.

El caso Gronda en el que tuvo significativa actuación el propio profesor Goldschmidt en representación de la Procuración del Tesoro de la Nación, es comentado por él mismo en su obra ⁴).

Básicamente se trataba en la especie de litigios recíprocos entre Franco Gronda y el Estado Nacional como responsable último de los actos de los Bancos Central e Industrial del país, con motivo de negociaciones tendientes a introducir en la Argentina una planta de elaboración de aluminio (en 1947). La aquiescencia original del Estado argentino determinó la apertura de un crédito irrevocable a favor de Gronda que éste logró hacer efectivo en parte.

Luego las autoridades locales iniciaron acción criminal por estafa a Gronda y éste, a su vez en Italia, lo hizo contra el Estado Nacional.

⁴ *Derecho Internacional Privado*, El Derecho, Buenos Aires, 1970, págs. 540 a 547

CAPÍTULO IX

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

1. NATURALEZA DE ESTE DERECHO

Ésta es una materia sobre la cual ha dicho acertadamente Luis Alvarado Garrido ¹ es necesario conjugar el derecho individual con el interés social.

En efecto, si consideramos al derecho privado de la propiedad como un derecho absoluto e ilimitado, también ilimitados y absolutos debieran ser los derechos del autor sobre su obra intelectual, sea ésta artística, literaria o industrial.

Empero, surgen otros intereses de índole social como las necesidades de la cultura, la salud o el progreso económico mismo.

Son estos otros intereses los que vienen a determinar la necesidad de coordinar el derecho individual con las necesidades de la solidaridad social. Estas últimas tornan, pues, necesario acotar aquellos derechos individuales sin desnaturalizarlos, pero permitiendo el acceso de la sociedad a ciertos beneficios intrínsecamente públicos como son, entre otros, la cultura o la salud.

De ahí que diversos tratados, convenciones y leyes han regulado esta materia, con rasgos propios unos, y con modalidades de convergencia o coordinación los otros, en busca precisamente de alcanzar los fines antedichos.

Así, por ejemplo, entre los primeros la Convención de Berna de 1886 —y sus sucesivas reformas— representativa del sistema europeo; o la Convención de Washington de 1946 (ratificada por nuestra ley 14.186) suscripta por la mayoría de los países americanos.

En el plano de la convergencia o el acercamiento podemos mencionar a la Convención de Ginebra de 1952, aprobada en nuestro país por el decreto-ley 12.088 de 1957.

¹ Informe al Tratado de Montevideo de 1940 sobre la Propiedad Intelectual.

2. PRINCIPIOS COMUNES

Como principios comunes al sistema europeo y americano pueden mencionarse:

— el mismo tratamiento en el país respectivo a las obras extranjeras y a las nacionales;

— el reconocimiento de los derechos de autor, sin necesidad de cumplir ninguna formalidad especial, una vez inscripto el derecho en su país de origen;

— la protección amplia de todas las producciones del dominio intelectual.

3. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE BERNA Y EL DE WASHINGTON

La *duración de la protección* a la obra intelectual en el sistema de la Unión de Berna comprende la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

En el sistema de Washington no se fija plazo para esta protección, sino que se remita a la legislación en la materia de los Estados contratantes.

En lo que hace a la *traducción* de las obras, el criterio de Berna es otorgar al autor de la obra el derecho exclusivo para hacer o autorizar dicha traducción.

En el sistema americano, aquel derecho exclusivo del autor a hacer la traducción queda condicionado por una licencia legal que permita, en ciertas circunstancias, la publicación de traducciones, aun sin la autorización del autor, pero respetando los derechos patrimonial y moral del mismo.

4. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1952 Y SUS SOLUCIONES DE ARMONÍA

Entre los recaudos de mayor interés que establece el sistema de Ginebra está el símbolo del *copyright*. Este está representado por la letra c rodeada por un círculo: ©.

Dicho símbolo debe ir acompañado del nombre del titular del derecho de autor y la indicación del año de la primera publicación.

La duración de la protección de las obras amparadas por esta Convención se extiende a toda la vida de su autor y hasta veinticinco años después de su muerte. Ello sin perjuicio de las disposiciones de la ley del Estado donde se reclame la protección en tanto mejore la misma.

En materia de traducción de la obra, si a la finalización del término de siete años desde su primera publicación no se ha publicado aun su traducción, cualquier nacional del Estado respectivo podrá obtener de su autoridad competente una licencia no exclusiva para efectuar la traducción y la publicación en la lengua nacional en que no haya sido publicada la obra. Esto sin perjuicio

de la obligación de procurar localizar oportunamente al autor y remunerar adecuadamente sus derechos.

Es interesante, asimismo, la disposición que prevé la solución de posibles controversias respecto a la interpretación o aplicación de la convención por la Corte Internacional de Justicia, en forma subsidiaria al modo en que los Estados interesados convengan.

En materia de apátridas y refugiados, y a los solos efectos de la Convención, se reconoce la nacionalidad del Estado contratante donde tengan su residencia habitual.

Nuestro país ratificó la Convención de Berna por decreto-ley 12.088/57.

También lo hicieron España, Estados Unidos, Alemania, Francia, Inglaterra y Suiza.

5. LEGISLACIÓN ARGENTINA

En nuestro derecho interno, la Constitución Nacional garantiza en su artículo 17 a todo autor o inventor la propiedad exclusiva de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley.

La ley 11.723, a su vez, ha reglamentado el derecho de autor con los criterios expresados al tratar de las antedichas convenciones y del intento unificador de Ginebra.

6. DURACIÓN. OBRAS EXTRANJERAS. PROTECCIÓN

La duración de la protección, conforme al artículo 5º, se extiende hasta cincuenta años a partir del deceso del autor.

No obstante y según el artículo 6º, los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a la publicación o traducción de la obra luego de diez años de su primera edición.

Si no hubiera acuerdo entre el tercero editor y los derechohabientes, el conflicto deberá decidirse mediante árbitros.

Al tratar de las obras extranjeras, el artículo 13 extiende los beneficios de la ley a las obras extranjeras siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual.

A tal fin, el autor de la obra extranjera sólo necesita acreditar el cumplimiento de las formalidades establecidas para su protección por la ley del país de la publicación (art. 14).

En cuanto al período de protección otorgado por la ley argentina a los autores extranjeros, dicho período es el que fija la ley argentina si fuese menor que el de la ley extranjera.

Si, en cambio, el período de protección otorgado por la ley extranjera fuese menor que el de la ley argentina, se aplicará dicho período.

En síntesis: se aplica el período de protección de la ley extranjera si es igual o menor que el argentino.

Caso contrario se aplica el período de protección argentina.

Ello, con la finalidad de restringir el período de protección y difundir las obras culturales luego de un período limitado de protección.

7. PATENTES E INVENCIONES

Dicen adecuadamente Vico-Argüello ² que las marcas e invenciones son creaciones del espíritu que se producen en el ámbito del comercio y de la industria. Sus fuentes inspiradoras son la ciencia para los inventos y las marcas para el arte.

Entre los principios comunes relativos a la protección internacional de la propiedad industrial pueden mencionarse los siguientes:

a) la propiedad industrial es abarcativa de:

- las patentes de invención;
- las marcas de fábrica y comercio;
- el nombre comercial e industrial; y
- los dibujos o modelos de fábrica y comercio.

b) al igual que en el caso de los derechos de autor, los de la propiedad industrial deben también ser registrados en el país respectivo y cumplir allí los requisitos de la ley territorial;

c) la protección se extiende en forma territorial;

d) la terminación de la protección en el Estado de origen determina también el fin de la protección en el Estado en que fue invocada;

e) se asimila a extranjeros y nacionales a los fines de la protección. Ello, con las excepciones propias de cada legislación.

En el sentido antedicho podemos mencionar la Convención de la Unión de París de 1883, revisada posteriormente en diversas ocasiones; el Acuerdo de Madrid de 1891 sobre registro internacional de marcas de fábrica y de comercio; la Convención de Montevideo de 1889 revisada en 1940; la Convención de Washington de 1929.

8. LEGISLACIÓN ARGENTINA

En materia de patentes, la ley 111 en su artículo 4º disponía:

“Los nuevos descubrimientos e invenciones en todos los géneros de la industria, confieren a sus autores el derecho exclusivo de explotación, por el tiempo y bajo las condiciones que se expresarán conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución, este derecho se justificará por títulos deno-

² VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, § 21, págs. 258 y sigs.

minados 'Patentes de Invención' expedidos en la forma que determinará esta ley.

"El artículo anterior es extensivo, no sólo a los descubrimientos e invenciones hechos en el país, sino también a las verificadas y patentadas en el extranjero, siempre que el solicitante sea el inventor, o un sucesor legítimo suyo en sus derechos y privilegios y en los casos y con las formalidades que se prescribirán más adelante.

"Son descubrimientos o invenciones nuevas: los nuevos productos industriales, los nuevos medios y la nueva aplicación de medios conocidos para la obtención de un resultado o de un producto industrial.

"No son susceptibles de patentes las composiciones farmacéuticas, los planes financieros, los descubrimientos o invenciones que hayan sido publicados suficientemente en el país o fuera de él, en obras, folletos o periódicos impresos; para ser ejecutados con anterioridad a la solicitud, los que son puramente teóricos, sin que se haya indicado su aplicación industrial, y aquellos que fueren contrarios a las buenas costumbres o a las leyes de la República".

Esta disposición ha sido modificada por la ley 24.481, y su modificatoria ley 24.572³.

9. PATENTES Y PROCEDIMIENTOS DE FABRICACIÓN

En materia de jurisprudencia es de destacar la decisión de la Corte Suprema de Justicia a propósito de la distinción argüida por una de las partes en el caso "American Cyanamid Company e Unifa S.A. Química e Industrial s/usurpación de la patente de invención".

En dicha oportunidad se adujo la inconstitucionalidad del citado artículo 4º de la ley 111; nuestro alto tribunal entendió que la garantía otorgada por el artículo 17 de la Constitución Nacional —asegurando a todo autor o inventor la propiedad exclusiva de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley— es susceptible, como todos los derechos consagrados por la Constitución, de reglamentación razonable.

En consecuencia, no podría considerarse inválida la disposición legal que por motivos de seguridad, moralidad o salubridad pública negare la protección concebida en términos generales por el artículo 17 a las invenciones que por una u otra razón, resultasen perjudiciales para aquellos altos objetivos del Estado. Citaba también el fallo de la Corte que la prohibición de patentar composiciones farmacéuticas tenía como origen la ley francesa de 1844. Esta ley partía de la base de que —en caso de algún descubrimiento de composiciones farmacéuticas o de remedios útiles para la salud— es preferible que se lo distribuya en beneficio público, antes que reconocerle privilegio al inventor.

³ Ver Apéndice.

10. EL GATT Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El 23-XII-1994 quedó promulgada en nuestro país la ley 24.425. Por la misma el Congreso nacional ratifica el acta final en que se incorporan los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales; las Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales y el Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la *Organización Mundial del Comercio* y sus cuatro anexos suscriptos en Marrakech —Reino de Marruecos— el 15-IV-1994. Entre las materias comprendidas en dicho cuerpo normativo, figura el denominado T.R.I.P.S. (*Trade Related Intellectual Property System*), es decir, “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas”. En los considerandos de este Acuerdo, los países que lo suscriben reconocen “los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”.

11. LA EVOLUCIÓN MUNDIAL

Al respecto conviene destacar un reciente trabajo presentado en la 1ª Conferencia Regional del Pacífico Asiático, organizada por la *International Law Association* en Taipei, República de China, entre el 27 y 30 de mayo de 1995, y titulado “The Trend of the International Intellectual Property Protection”, por Leo H. Lin, director de AT & T - IPD. Sostiene dicho autor que desde comienzos de la década del setenta, el sentimiento *antitrust* había invadido la política pública y contribuido así a la declinación de la protección de la propiedad intelectual en los Estados Unidos, debido a los temores de que posibles demandas por infracción a las patentes podían ser utilizadas como armas contra la competencia.

12. LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Sin embargo, agrega Lin, cuando países en desarrollo como Taiwán, Corea, Singapur y China transforman sus industrias con tecnologías de avanzada y expanden sus exportaciones hacia los Estados Unidos y otros países desarrollados en Europa, el gran superávit en el comercio mundial creó desequilibrios en las balanzas de reservas foráneas.

Las industrias y el público norteamericanos resultaron perjudicados por una fuerte declinación en su competitividad industrial interna.

Como una forma de estimular la innovación y recuperar la posición competitiva norteamericana en la industria y la tecnología, se puso entonces el énfasis en la protección de los derechos de propiedad intelectual. se inició así el proceso de reforma en la protección de propietarios de patentes. La reforma más significativa fue la creación de la Corte de Apelaciones para el Cir-

cuito Federal (C.A.F.C.) en 1982 en los Estados Unidos. Desde entonces las decisiones en materia de infracciones a las patentes se volvieron más uniformes, predecibles y severas.

Así, las consecuencias de la infracción pueden costar a los demandados serios perjuicios, pago de intereses, honorarios legales de la demanda, con más la orden judicial de suspender la venta de productos copiados, en forma inmediata y aun durante el trámite de la apelación. Un estudio realizado demostró que la Corte de Circuito confirmó el 87% de las decisiones sostenidas por las Cortes de Distrito en resguardo de reclamos en favor de las patentes.

13. LA REFORMA EN EE.UU.

La Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (I.T.C.) ha sido también fortalecida y tiene ahora el poder de suspender importaciones que infrinjan patentes norteamericanas. De tal modo, la protección de la propiedad intelectual se ha vuelto un asunto clave en las negociaciones comerciales del gobierno norteamericano con otros países como Japón, China, Taiwán o Corea. Como resultado de tales negociaciones, muchos países cambiaron sus leyes de patentes y acentuaron su protección a la propiedad intelectual.

14. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La formación de la Organización Mundial del Comercio (W.T.O.) ha forzado a muchos países a prestar atención a la cuestión. Asimismo, la W.T.O. provee comunes reglas del juego para todos los países miembros.

También como resultado del mejoramiento de la protección en diversos países, empresas norteamericanas como I.B.M., T.I., AT&T y Microsoft pueden percibir sus derechos de regalías por patentes de empresas extranjeras. En tal situación, varios de sus gobiernos respectivos están alentando inversiones en investigación y desarrollo a través de fondos públicos, como asimismo cooperación industrial privada para fortalecer sus inversiones en portafolio.

Aquellas empresas extranjeras también están realizando una actualización en el registro de patentes mundial. De aquí, que el mejoramiento en la protección de la propiedad intelectual expone a muchas empresas a altos riesgos de demandas en casos de infracción.

Volviendo a los considerandos del “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” (TRIP’s), tras reconocerse en los mismos los objetivos de protección de dichos derechos, incluyendo los objetivos en materia de desarrollo y tecnología, se reconocen asimismo “las necesidades especiales de los *países menos adelantados Miembros* por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la

máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica racional y viable”.

Como veremos luego, este criterio de *flexibilidad* resulta particularmente aplicable en el período de transición para aquellos países que como la Argentina introducen en su legislación un nuevo régimen en materia de patentamiento, caso de las patentes farmacéuticas o medicinales ⁴.

15. MARCAS DE FÁBRICA Y DE COMERCIO

Fueron sucesivamente reguladas en nuestro Derecho por las leyes 3975, 17.400 y actualmente por la ley 22.362.

Se otorga una amplia protección a las marcas tanto para nacionales como para extranjeros. El período de duración de la marca, inscripta ante el registro que lleva la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual, es de diez años. Este término es renovable indefinidamente. Para el trámite de registro, la ley prevé en su artículo 10 la constitución por el solicitante de un domicilio especial en la Capital Federal.

Cuando se trata de una persona domiciliada en el extranjero, el artículo 11 de la ley establece que dicho domicilio especial es válido para establecer la jurisdicción y para notificar las demandas judiciales por nulidad, reivindicación o caducidad de la marca y demás actuaciones referentes al registro.

Pero en el caso de las citadas demandas por nulidad, reivindicación o caducidad contra personas domiciliadas en el extranjero, el juez debe ampliar el plazo para contestarlas y oponer excepciones de acuerdo al domicilio real del demandado.

16. TRATADOS DE MONTEVIDEO SOBRE PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA (1889) Y SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL (1939)

TRATADO SOBRE PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA TEXTO DE 1889

Art. 1º. Los Estados signatarios se comprometen a reconocer y proteger los derechos de la propiedad literaria y artística, en conformidad con las estipulaciones del presente Tratado.

TRATADO SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL TEXTO DE 1939

Art. 1º. Los Estados signatarios se comprometen a reconocer y proteger los derechos de la propiedad intelectual y su ejercicio, de conformidad con las estipulaciones del presente Tratado.

⁴ Puede verse al respecto, en el Apéndice, el texto de la ley 24.572 sancionada por el H. Congreso de la Nación. A fin de profundizar en la materia pueden consultarse, asimismo, nuestras publicaciones en *L.L.*, bajo el título “La Propiedad Intelectual y las Patentes”, en los nros. del 14 y 15-IX-1995 y en el suplemento *Actualidad* de *L.L.*, 7-XII-1995.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
LITERARIA Y ARTÍSTICA
TEXTO DE 1889**

Art. 2°. El autor de toda obra literaria o artística y sus sucesores, gozarán en los Estados signatarios de los derechos que les acuerde la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o producción.

Art. 3°. El derecho de propiedad de una obra literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de enajenarla, de traducirla o de autorizar su traducción, y de reproducirla en cualquier forma.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
INTELECTUAL
TEXTO DE 1939**

Art. 6°. Los autores cuyos derechos se encuentren protegidos de acuerdo con la legislación vigente en cualquiera de los Estados adheridos al Tratado, excepto los derechos cuya protección derive de Tratados de ese Estado con otros Estados no adheridos, gozarán en todos los demás, de los mismos derechos y garantías que las leyes respectivas les conceden, debiéndose establecer entre los organismos legales de los Estados adherentes, la coordinación necesaria para suministrar directamente las informaciones y recaudos relativos a dicha prueba, a costa de los particulares interesados. Las entidades creadas legalmente a los efectos de la protección de los derechos de autor y siempre que estén suficientemente autorizadas por los interesados, estarán habilitadas para ejercer en los demás Estados las acciones respectivas, sujetándose para su ejercicio a las leyes del país del proceso.

Art. 3°. Los derechos de los autores a que se refiere el artículo anterior, comprenden las facultades de disponer de sus obras, publicarlas, enajenarlas, traducirlas, adaptarlas y autorizar su traducción y adaptación, así como su instrumentación, ejecución, reproducción y difusión por medio de la cinematografía, fotografía, telefotografía, fonografía, radiotelefonía y cualquier otro medio técnico.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
LITERARIA Y ARTÍSTICA
TEXTO DE 1889**

Art. 4°. Ningún Estado estará obligado a reconocer el derecho de propiedad literaria o artística, por mayor tiempo del que rija para los autores que en él obtengan ese derecho. Este tiempo podrá limitarse al señalado en el país de origen, si fuere menor.

Art. 5°. En la expresión “obras literarias y artísticas”, se comprende los libros, folletos y cualesquiera otros escritos; las obras dramáticas o dramático-musicales, las coreográficas, las composiciones musicales, con o sin palabras; los dibujos, las pinturas, las esculturas, los grabados, las obras fotográficas, las litografías, las cartas geográficas, los planos, croquis y trabajos plásticos, relativos a geografía, a topografía, arquitectura o a ciencias en general; y en fin se comprende toda producción del dominio literario o artístico, que pueda publicarse por cualquier modo de impresión o reproducción.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
INTELLECTUAL
TEXTO DE 1939**

Art. 4°. Las producciones, adaptaciones, arreglos musicales y toda otra reproducción transformada de obras literarias o artísticas, como las versiones cinematográficas de las mismas, así como las recopilaciones de trabajos diversos, serán considerados a los efectos de este Tratado, como producciones originales sin perjuicio de los derechos que, en cada caso, pudieren hacer valer los autores de las obras originarias o sus legítimos sucesores.

Art. 7°. Ningún Estado estará obligado a reconocer el derecho de propiedad literaria o artística, por mayor tiempo del que rija para los autores que en él obtengan ese derecho. Este tiempo podrá limitarse al señalado en el país de origen, si fuere menor.

Art. 2°. Declárase comprendidos en dichas estipulaciones a los autores de toda producción que signifique una creación intelectual y sea susceptible de publicarse o reproducirse por cualquier procedimiento, y, en particular, a los autores de libros, folletos y escritos de cualquier naturaleza, distribución y extensión; conferencias, lecciones escolares o universitarias, discursos, alocuciones, sermones y piezas oratorias en general; composiciones musicales, con o sin palabras, obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y de mero espectáculo, siempre que sea posible individualizarlas por escrito o gráficamente; obras originales destinadas a proyectarse por medio del cinematógrafo y sus correspondientes

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
LITERARIA Y ARTÍSTICA
TEXTO DE 1889**

Art. 6°. Los traductores de obras acerca de las cuales no exista o se haya extinguido el derecho de propiedad garantido, gozarán respecto de sus traducciones de los derechos declarados en el art. 3°, mas no podrán impedir la publicación de otras traducciones de la misma obra.

Art. 7°. Los artículos de periódicos podrán reproducirse, citándose la publicación de donde se toman. Se exceptúan los artículos que versen sobre ciencias y artes, y cuya reproducción se hubiera prohibido expresamente por sus autores.

Art. 8°. Pueden publicarse en la prensa periódica sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en las asambleas deliberantes, ante los tribunales de justicia, o en las reuniones públicas.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
INTELECTUAL
TEXTO DE 1939**

acompañamientos musicales; obras de ingeniería, dibujo, pintura, escultura, composición arquitectónica, grabado, litografía, fotografía y artes equiparables; ilustraciones gráficas y plásticas realizadas con fines científicos, técnicos y artísticos; trabajos cartográficos, esquemáticos y estadísticos.

Art. 5°. Las personas que editen, traduzcan, adapten, arreglen, reproduzcan o difundan por cualquier procedimiento obras acerca de las cuales no existan o se hayan extinguido los derechos garantizados por el presente Tratado, gozarán para sus trabajos, de los derechos declarados en el art. 3°; mas no podrán impedir que se lleven a cabo nuevas ediciones, traducciones, adaptaciones, arreglos, reproducciones o difusiones de la obra.

Art. 8°. Los artículos de periódicos podrán reproducirse con mención del origen.

Art. 9°. Pueden publicarse en la prensa periódica sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en las asambleas deliberantes, ante los tribunales de justicia, o en las reuniones públicas.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
LITERARIA Y ARTÍSTICA
TEXTO DE 1889**

Art. 9°. Se consideran reproducciones ilícitas, las apropiaciones indirectas no autorizadas, de una obra literaria o artística y que se designan con nombres diversos, como adaptaciones, arreglos, etc., etcétera, y que no son más que reproducciones de aquélla, sin presentar el carácter de obra original.

Art. 10. Los derechos de autor se reconocerán, salvo prueba en contrario, a favor de las personas cuyos nombres o seudónimos estén indicados en la obra literaria o artística. Si los autores quisieren reservar sus nombres, deberán expresar los editores que a ellos corresponden los derechos de autor.

Art. 11. Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria o artística, se ventilarán ante los tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude se haya cometido.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
INTELECTUAL
TEXTO DE 1939**

Art. 10. Se consideran reproducciones ilícitas las apropiaciones indirectas, no autorizadas, de una obra literaria o artística y que se designan con nombres diversos, sin presentar el carácter de obra original.

Art. 11. Los derechos de autor se reconocerán, salvo prueba en contrario, a favor de las personas cuyos nombres o seudónimos estén indicados en la obra literaria o artística. Si los autores quisieren reservar sus nombres, deberán expresar los editores que a ellos corresponden los derechos de autor.

Art. 12. Las responsabilidades en que incurran los que usurpen los derechos protegidos en este Tratado, se resolverán por los tribunales y legislación del Estado en que el acto ilícito se hubiere cometido, o en cuyo territorio se produjeran sus efectos en el caso de haberse consumado aquél en un Estado no adherido.

Art. 13. Toda reproducción ilícita de una obra cuyo autor tenga derecho a protección legal, podrá ser secuestrada por las autoridades competentes de cualquier Estado adherido.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
LITERARIA Y ARTÍSTICA
TEXTO DE 1889**

Art. 12. El reconocimiento del derecho de propiedad de las obras literarias o artísticas, no priva a los Estados signatarios de la facultad de prohibir con arreglo a sus leyes, que se reproduzcan, publiquen, circulen, representen o expongan aquellas obras que se consideren contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

Art. 13. No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 14. Hecho el canje en la forma del artículo anterior este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
INTELECTUAL
TEXTO DE 1939**

Art. 14. El reconocimiento del derecho de propiedad de las obras literarias o artísticas, no priva a los Estados signatarios, de la facultad de prohibir con arreglo a sus leyes, que se reproduzcan, publiquen, circulen, representen o expongan, aquellas obras que se consideren contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

Art. 15. Independientemente de los derechos patrimoniales amparados por este Tratado, los autores conservan la facultad de hacer valer la paternidad de la obra, así como de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que consideren perjudicial para su honor o reputación. Este derecho puede ser ejercido por los sucesores legítimos del autor, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado adherido.

Art. 16. No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay, para que lo haga saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 17. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido, dejándose por tanto, sin efecto, el firmado en Montevideo el día once del mes de enero del año 1889.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
LITERARIA Y ARTÍSTICA
TEXTO DE 1889**

Art. 15. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás, pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 16. El artículo 13 es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

**TRATADO SOBRE PROPIEDAD
INTELLECTUAL
TEXTO DE 1939**

Art. 18. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 19. El artículo 16 es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado. En fe de lo cual los Plenipotenciarios firman el presente Tratado en Montevideo a los cuatro días de agosto de 1939.

**17. TRATADO DE MONTEVIDEO SOBRE PATENTES DE INVENCION
DE 1889**

“Artículo 1º.— Toda persona que obtenga patente o privilegio de invención en alguno de los Estados signatarios, disfrutará en los demás, de los derechos de inventor, si en el término máximo de un año, hiciese registrar su patente en la forma determinada por las leyes del país en que pidiese su reconocimiento.

”Artículo 2º.— El número de años del privilegio será el que fijen las leyes del país en que se pretenda hacerlo efectivo. Ese plazo podrá ser limitado al señalado por las leyes del Estado en que primitivamente se acordó la patente, si fuese menor.

”Artículo 3º.— Las cuestiones que se susciten sobre la prioridad de la invención, se resolverán teniendo en cuenta la fecha de la solicitud de las patentes respectivas, en los países en que se otorgaron.

”Artículo 4º.— Se considera invención o descubrimiento, un nuevo modo, aparato mecánico o manual, que sirva para fabricar productos industriales y la aplicación de medios perfeccionados con el objeto de conseguir resultados superiores a los ya conocidos.

”No podrán obtener patente:

"1) las invenciones y descubrimientos que hubieran tenido publicidad en alguno de los Estados signatarios, o en otros que no estén ligados por este Tratado;

"2) las que fueran contrarias a la moral y a las leyes del país en donde las patentes de invención hayan de expedirse o de reconocerse.

"Artículo 5º.— El derecho de inventor comprende la facultad de disfrutar de su invención y de transferirla a otros.

"Artículo 6º.— Las responsabilidades civiles y criminales en que incurran los que dañen el derecho del inventor, se perseguirán y penarán con arreglo a las leyes del país en que se haya ocasionado el perjuicio.

"Artículo 7º.— No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

"Artículo 8º.— Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

"Artículo 9º.— Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

"Artículo 10.— El artículo 7º es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado".

Este Tratado ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

18. TRATADO DE MONTEVIDEO SOBRE MARCAS DE COMERCIO Y DE FÁBRICA DE 1889

"Artículo 1º.— Toda persona a quien se conceda en uno de los Estados signatarios, el derecho de usar exclusivamente una marca de comercio o de fábrica, gozará del mismo privilegio en los demás Estados, con sujeción a las formalidades y condiciones establecidas por sus leyes.

"Artículo 2º.— La propiedad de una marca de comercio o de fábrica, comprende la facultad de usarla, transmitirla o enajenarla.

"Artículo 3º.— Se reputa marca de comercio o de fábrica, el signo, emblema o nombre externo que el comerciante adopta y aplica a sus mercaderías y productos, para distinguirlo de los de otros industriales o comerciantes que negocian en artículos de la misma especie.

"Pertenece también a esta clase de marcas, los llamados dibujos de fábrica o labores que, por medio de tejido o de la impresión, se estampan en el producto mismo que se pone a la venta.

"Artículo 4º.— Las falsificaciones o adulteraciones de las marcas de comercio o de fábrica, se perseguirán ante los tribunales con arreglo a las leyes del Estado en cuyo territorio se cometa el fraude.

"Artículo 5º.— No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces del canje.

"Artículo 6º.— Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

"Artículo 7º.— Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

"Artículo 8º.— El artículo 5º es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado".

Este Tratado ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay.

Como vemos, los textos de Montevideo, alguno de 1939 y varios de 1889 mantienen los principios expuestos al tratar de la legislación argentina y convenciones europeas y americanas ratificadas por nuestro país.

19. TRATADO SOBRE PATENTES DE INVENCION CELEBRADO EN MONTEVIDEO EL 16 DE ENERO DE 1889

Art. 1. — Toda persona que obtenga patente o privilegio de invención en alguno de los Estados signatarios, disfrutará en los demás, de los derechos de inventor, si en el término máximo de un año, hiciese registrar su patente en la forma determinada por las leyes del país en que pidiese su reconocimiento.

Art. 2. — El número de años del privilegio será el que fijen las leyes del país en que se pretenda hacerlo efectivo. Ese plazo podrá ser limitado al señalado por las leyes del Estado en que primitivamente se acordó la patente, si fuese menor.

Art. 3. — Las cuestiones que se susciten sobre la prioridad de la invención, se resolverán teniendo en cuenta la fecha de la solicitud de las patentes respectivas, en los países en que se otorgaron.

Art. 4. — Se considera invención o descubrimiento, un nuevo modo, aparato mecánico o manual, que sirva para fabricar productos industriales y la aplicación de medios perfeccionados con el objeto de conseguir resultados superiores a los ya conocidos.

No podrán obtener patente:

1) las invenciones y descubrimientos que hubieran tenido publicidad en alguno de los Estados signatarios, o en otros que no estén ligados por este Tratado;

2) las que fueran contrarias a la moral y a las leyes del país en donde las patentes de invención hayan de expedirse o de reconocerse,

Art. 5. – El derecho de inventor comprende la facultad de disfrutar de su invención y de transferirla a otros.

Art. 6. – Las responsabilidades civiles y criminales en que incurran los que dañen el derecho del inventor, se perseguirán y penarán con arreglo a las leyes del país en que se haya ocasionado el perjuicio.

Art. 7. – No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los gobiernos de las repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 8. – Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 9. – Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 10. – El artículo 7º es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de siete ejemplares, en Montevideo a los dieciséis días del mes de enero del año 1889.

SEGUNDA PARTE
DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN

1. NATURALEZA

El comercio extraterritorial constituye uno de los presupuestos más importantes (si no el más importante) en nuestra disciplina. Baste recordar la aparición del Derecho Internacional Privado clásico con la *Glosa* de Accursio, quien, como los glosadores y posglosadores, forzando los textos del Código Romano, procuraba encontrar soluciones prácticas al fenómeno incipiente de las ciudades-Estado del norte de Italia.

Cierto es que la aparición del derecho comercial sería posterior al fenómeno mismo del comercio, que fue y es su presupuesto fáctico.

El acto de comercio, la figura del comerciante como la sociedad mercantil, los bancos y compañías de seguro, el contrato de transporte, entre otros institutos característicos, vendrían a tipificar el derecho comercial propiamente dicho.

Bien dice Argüello¹, siguiendo a Ascarelli, que no hay diferencia de naturaleza entre el derecho civil y el derecho comercial, sino que las diferencias corresponden a la historia, según el distinto ritmo con que las nuevas exigencias económicas se han hecho valer en las distintas épocas y en las nuevas actividades. Así, el derecho vinculado al comercio y a la industria, el denominado derecho de las empresas, concepto éste que describe una mayor y más compleja organización societaria, o el mismo régimen que gobierna las operaciones en masa. Todos estos fenómenos han ido determinando los criterios antedichos que se reflejan en las citadas figuras del acto de comercio o contratos comerciales que vienen a tipificar a esta materia.

2. USOS Y COSTUMBRES

Los usos y costumbres constituyen, a su vez, otra característica particular del derecho comercial que, a su vez, significan una diferencia importante de grado con el derecho civil.

¹ VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, Cap. XVI.

Recordemos que, por una parte, el artículo 17 del Código Civil dispone que los usos y costumbres no constituyen fuente del Derecho, salvo cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

En cambio, el Código de Comercio, en el artículo 5° de su Título Preliminar, señala que las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles. *La costumbre*, surgida como virtual ley del comercio internacional en tiempos medievales, ha ido acentuando su influencia a través de la evolución económica y consagrando normas generales, que han ido asumiendo, además, caracteres de uniformidad y continuidad.

a) Uniformidad

En materia, por ejemplo, de *uniformidad* se demuestra la similitud de naturaleza entre el derecho civil y comercial a través de procesos unificadores que alcanzan a las obligaciones y los contratos.

b) Concursos y quiebras

La posibilidad de la *extensión de la quiebra* al concursado civilmente es otra muestra de la analogía de naturaleza entre ambos derechos, civil y comercial, cuyas diferencias —como ya dijimos— son de grado y tipicidad, pero no de esencia.

Diversos países —como Suiza, Turquía, Marruecos e Italia— han avanzado en la unificación de contratos y obligaciones civiles y comerciales; asimismo sobre institutos precisos como la cuenta corriente, los seguros, bancos o títulos de crédito. En nuestro país, un proyecto reciente ha procurado unificar la materia de las obligaciones y contratos, sin obtener aprobación legislativa.

CAPÍTULO X

ACTOS DE COMERCIO

Distintos criterios de calificación han sido utilizados para definir el acto de comercio.

Algunos han seguido el criterio objetivo: las operaciones relativas a inmuebles, la actuación de las sociedades anónimas o el contrato de seguro, por vía de ejemplo, son actividades comerciales por disposición de la ley.

En otros casos, la persona del comerciante o la sociedad comercial —criterio subjetivo— determina la existencia del acto de comercio, determinante también, a su vez, de la ley aplicable y la jurisdicción competente para regular o dirimir la actuación respectiva.

Nuestro Código de Comercio se vale de ambos criterios para establecer la existencia el acto de comercio.

Ahora debemos entrar a las materias concretas del derecho comercial: la calidad del comerciante, en primer lugar, y la capacidad de dicho comerciante, luego.

1. CALIDAD DE COMERCIANTE

La primera calidad del comerciante, es una calificación reservada a la ley del lugar donde se desempeña el comercio.

2. LA “NO SORPRESA”

A nadie debe sorprender que, tal calidad de comerciante dependa de la ley territorial, pues, dentro de la razonable previsibilidad de quien va a ejercer una actividad reglada en otro territorio, debe incluirse la aplicación de la ley del lugar para decidir quién es o no comerciante. Específicamente, como lo hemos visto al tratar de las personas jurídicas (lo mismo ocurre con las sociedades), si se trata del ejercicio habitual de actos, comprendidos en el objeto de la actividad comercial respectiva.

Este objeto habitual del comercio constituye, además, por lo general, materia de una reglamentación profesional, propia de la ley local. Sin embargo, los criterios antedichos no afectan el principio general de la capacidad —regulada por la ley personal— sino que, como veremos lo acotan: la capacidad civil, regida por la ley personal, es la que determina las condiciones para ejercer el comercio: quien es capaz, según su ley, personal y genérica para desempeñarse como comerciante, deberá tener, además, la capacidad específica de la ley reglamentaria de la profesión respectiva.

En tal sentido, la ley del domicilio comercial de la persona o sociedad parece ser la más razonable para determinar la antedicha calidad de comerciante.

Habiendo varios domicilios comerciales, el criterio más razonable es el de la dirección o administración principal por las razones que diéramos también al tratar de las personas jurídicas y sociedades.

3. LIBROS DE COMERCIO

Cuando tratamos en nuestro *Manual*² la parte histórica y, dentro de ella, a los estatutarios holandeses del siglo XVII nos referimos al estatuto mixto, referido a la forma de los actos.

4. LAS FORMAS: ORDENATORIAS Y DECISORIAS

En dicha forma podemos distinguir las llamadas *ordenatoria* y *decisoria litis*.

Las primeras, vinculadas al modo de llevar ciertas formas o producir determinadas pruebas, y las segundas referidas al valor probatorio mismo de aquellas formas o pruebas.

Así, en materia de libros de comercio, pertenecen a la primera categoría, u *ordenatoria litis*, el número de libros, la forma de llevarlos y la obligación de exhibirlos en juicio. Quedan, por tanto, regulados por la ley del foro o del lugar donde es exigida la respectiva prueba. En cambio, su valor probatorio y admisibilidad en juicio corresponden a la *decisoria litis* y están regulados por la ley que regla el fondo de la cuestión, pues ya no es sólo una cuestión de forma, sino un aspecto sustantivo de los citados libros.

5. CAPACIDAD DEL COMERCIANTE

Decíamos que la capacidad para ejercer el comercio, que es específica, viene a acotar el régimen genérico de la capacidad.

² BALESTRA, R., *op. cit.*, pág. 111.

Así, por ejemplo, nuestro Código de Comercio define en su artículo 1º al comerciante como quien teniendo capacidad legal para contratar, ejerce de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual.

Y el artículo 5º del mismo Código precisa que todos los que tienen la calidad de comerciantes según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial.

6. REGLAMENTACIÓN PROFESIONAL

Es decir que la capacidad del comerciante está regida por la reglamentación profesional del lugar donde se ejerce el comercio, es decir del domicilio comercial. Para ser capaz el comerciante debe, pues, tener la capacidad genérica del derecho civil y la específica requerida por el lugar de su domicilio comercial.

Sobre este último punto, han habido en la doctrina y jurisprudencia otros criterios como el de la nacionalidad o el del lugar de celebración del acto.

7. EL CASO LIZARDI

Respecto al primero de ellos, vale decir que la costumbre, tan bien acogida en materia comercial, hace prevalecer en el derecho comparado el lugar donde se ejerce efectivamente el comercio. Con respecto al lugar del acto cabe recordar el famoso caso Lizardi, resuelto por la Corte de Casación francesa en 1861 y acerca del mexicano que compró alhajas en una venta de mostrador en Francia abonando su precio con letras de cambio.

Al tiempo de celebrarse la operación, Lizardi era menor de edad según la ley mexicana, que en esa época establecía la mayoría en veinticinco años.

Su tutor adujo la nulidad de la operación. En su decisión final sobre el caso, la Corte de Casación decidió que si el comerciante había actuado sin negligencia, sin imprudencia y de buena fe, la operación debía reputarse válida.

Ello resultaba además de acuerdo con la “teoría del *favor negotii*” recogida también por nuestro Código Civil en su artículo 14, inciso 4º.

Debe destacarse, además, que una solución contraria hubiese significado un serio precedente de incertidumbre para el comercio internacional, toda vez que la operación se había practicado con quien en apariencia estaba facultado para celebrar el acto de comercio.

8. TRATADOS DE MONTEVIDEO DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

a) **Carácter civil o comercial del acto**

El Tratado de 1889 en su Título I, “De los actos de comercio y de los comerciantes”, dispone,

“Artículo 1º. Los actos jurídicos serán considerados civiles o comerciales con arreglo a la ley del país en que se efectúan”.

El Tratado de 1940 extendió la disposición, además, a los hechos jurídicos que, al igual que los actos, son calificados civiles o comerciales por la “ley del Estado donde se realizan”. Como lo analizáramos al tratar de los actos de comercio y como principio general, es la ley territorial la que califica dichos actos como civiles o comerciales. Desde luego, planteada una controversia extraterritorial y ante un problema concreto de calificación deberán tenerse en cuenta además los criterios comunes para resolver los problemas de la Parte General, expuestos en nuestro *Manual*³.

b) **Calidad de comerciante: fundamentos**

El artículo 2º del Tratado de 1889 subordinaba la determinación del carácter de comerciante de las personas a la ley del lugar del asiento de sus negocios.

A su vez, el Tratado de 1940 rige la calidad de comerciante por la ley del domicilio comercial.

Pero la inscripción y los efectos de la misma (del carácter o calidad de comerciante) queda regida por la ley del Estado donde esta inscripción es exigida.

Se ha querido, con esta disposición, separar el tema de la inscripción de la calidad de comerciante y los efectos que produce, los que interesan principalmente a la ley del lugar donde esta inscripción, es exigida por cuanto afecta a los terceros locales en dicho lugar.

c) **Domicilio comercial**

El Tratado de 1940, en su artículo 3º, define el domicilio comercial, como el lugar donde el comerciante o la sociedad comercial tiene el asiento principal de sus negocios.

En su segunda parte, agrega que los establecimientos, sucursales o agencias se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionen, quedando sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales respecto a las operaciones que allí practiquen.

³ BALESTRA, R., *op. cit.*, nro. 37, págs. 107 y sigs.

El informe complementario a este Tratado, a cargo del doctor Raúl Sapeña Pastor, delegado del Paraguay, fundamentaba de esta manera la antedicha disposición:

“Sobre el domicilio comercial de las sociedades mercantiles, hubo divergencias de opiniones, discutiéndose si había de considerarse como tal ‘el lugar donde funciona su dirección principal’, o ‘el lugar donde la sociedad comercial tiene el asiento principal de sus negocios’. El primer criterio, que fue el aprobado en las reuniones del año 1939, fue defendido con vigor y brillo por la delegación argentina. El segundo, consistente en fijar el domicilio de las sociedades comerciales en el asiento principal de sus negocios, fue sustentado por las delegaciones del Uruguay, Colombia, Bolivia, Perú y Paraguay. La delegación de Brasil se abstuvo de votar en virtud de la reserva a que nos hemos referido. La de Chile estuvo ausente.

”La Comisión en mayoría, al establecer que el domicilio comercial es el lugar donde la sociedad comercial ‘tiene el asiento principal de sus negocios’, ha tenido en cuenta, principalmente, dos razones: la primera, de conveniencia o utilidad nacional para todos los contratantes, es la de evitar que sociedades que tienen su único lugar de explotación en un país, puedan tener su domicilio en otro, donde funciona su directorio. Estas sociedades no son, por cierto, las más beneficiosas para el progreso local del lugar de explotación.

”La segunda razón, es de orden técnico, pues trata de evitar una discordancia entre las distintas disposiciones del Tratado. Si las agencias, sucursales y establecimientos ‘se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales’ (art. 3º, 2da. parte) ¿Por qué habrían de escapar a dicha regla las sociedades que tienen su principal o tal vez única explotación en nación distinta de aquella en que funciona su directorio? Si ha habido razón para considerar domiciliadas en el lugar en donde funcionan a las agencias y sucursales de una sociedad comercial ¿No existe esta misma razón, *a fortiori*, cuando se trata de explotaciones principales o únicas de una sociedad en país extranjero?

”Frente a estos poderosos motivos se han levantado razonables objeciones que no dejarán de presentarse en la aplicación del Tratado: el criterio aprobado podría, en determinados casos, restar certeza y seguridad en la determinación del domicilio, y conducir a la pluralidad de domicilios”.

Prevaleció, pues, la tesis uruguaya sobre la argentina sostenida por el maestro Vico. Decía al respecto el primer miembro informante, doctor Luis A. Argaña (también paraguayo):

“...Supóngase el caso de una sociedad anónima constituida en la República Argentina, donde funciona su directorio, con el objeto de dedicarse a la construcción de obras sanitarias. En cumplimiento de su cometido, dicha sociedad construye, simultáneamente, obras de igual importancia en el Paraguay, Uruguay, Perú y Chile. ¿Cuál será el lugar de su domicilio? El ejemplo

citado por el profesor argentino Vico es aún más convincente: ‘una compañía cuyo objeto sea la pesca en alta mar, no tendría lugar de explotación en ningún territorio, pues la alta mar no es territorio en ningún Estado’. Someterla por consiguiente, a la ley del lugar de explotación, importaría dejarla sin ley. Es en el lugar donde funciona el directorio de la sociedad que debe buscarse su verdadero domicilio, pues es allí donde se resuelven las cuestiones atinentes a la existencia misma de la sociedad; es allí donde se conciben y preparan todos los planes; es allí de donde parten todas las órdenes y adonde debe rendirse cuenta de toda la actividad desarrollada”.

Los artículos 3° del Tratado de 1889 y 4° del Tratado de 1940 tratan de los comerciantes y agentes auxiliares del comercio.

El primero de dichos artículos (art. 3° del Tratado de 1889) los sujeta a las leyes comerciales del país en que ejercen su profesión. El artículo 4°—del Tratado de 1940— perfecciona la redacción agregando “en cuanto a las actividades inherentes a sus profesiones”.

Recordemos al respecto el principio general más arriba expresado: la capacidad en general se rige por la ley personal, que en nuestro país y en el sistema de Montevideo, es la ley del domicilio.

En lo específico, capacidad para ejercer el comercio, se aplica la ley local del país donde tal profesión se ejerce.

9. LIBROS DE COMERCIO

Conforme también lo señaláramos al comienzo de este capítulo, el Tratado de 1940 incorpora un artículo 5° sobre la materia de los libros de comercio. El mismo trata de lo que analizáramos como formas ordenatorias y decisorias.

a) Las formas ordenatorias de los libros de comercio

Clase, número, formalidades y obligación de exhibirlos, se rigen por la ley del lugar que impone la obligación de llevarlos.

b) Las formas decisorias

Admisibilidad como medios de prueba y valor probatorio, se rigen por la ley que rige el acto que se quiere probar.

Por último: la forma y modo de exhibirlos—que son también formas ordenatorias pero de índole procesal— se rigen por la ley del juez que interviene en dicha exhibición.

CAPÍTULO XI

SOCIEDADES COMERCIALES *

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO (ACLARACIONES)

Los que siguen son algunos de los tópicos más relevantes respecto de la actuación extraterritorial de las sociedades.

Se aborda en primer término la cuestión de su nacionalidad, vínculo éste de derecho público, que en caso de ser reconocido genera el muy importante derecho a la protección diplomática.

No obstante la doctrina de Bernardo de Irigoyen, más abajo desarrollada, deben destacarse por ejemplo los reclamos recientes en nuestro país de diversos embajadores de países europeos, en defensa de los nuevos titulares de dichos países de empresas energéticas privatizadas contra decisiones de los entes locales reguladores de la electricidad.

En el mismo sentido se orientó antes la doctrina del control que, como veremos, se inició en tiempos de guerra pero siguió aplicándose con mayor moderación en épocas de paz.

2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES

Esta Convención fue aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria de la II Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) reunida en Montevideo.

En la parte pertinente del mensaje adjunto al Proyecto de ley con fecha 4-VIII-1983 se lee:

“Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.

”Se basa en los mismos principios de nuestro derecho interno, y en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

* Sobre este tema, véase nuestro libro *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

”Se aplicará según el artículo 1º, a las sociedades comerciales mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados partes.

”Con referencia, a la existencia, capacidad, funcionamiento, y disolución de las mismas, se rigen por la ley del lugar de su constitución —art. 2º— entendiéndose por tal, a la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo para su creación.

”Asimismo, el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social quedará sujeto a la ley y a los órganos jurisdiccionales del Estado donde lo realizare (arts. 4º y 6º).

”Esta Convención no tendrá aplicación en el Estado que lo considere contrario a su orden público, cuando resultare manifiesta su violación.

”Es conveniente su aprobación por cuanto se amplía el ámbito de principios ya vigentes en nuestro derecho internacional comercial”.

Como hemos de ver al analizar su texto, las disposiciones de esta Convención no siguen en todos los casos los mismos principios del Derecho Internacional Privado argentino y de los Tratados de Montevideo.

3. LUGAR DE CONSTITUCIÓN

El artículo 118 de la Ley de Sociedades rige a las sociedades por la ley del lugar de su constitución sólo en cuanto a su existencia y forma.

No así con respecto al funcionamiento y disolución de la sociedad a los que se aplica la ley del domicilio social.

En cambio, el artículo 2º de la Convención rige la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de la sociedad por la ley del lugar de su constitución.

Oportunamente criticamos el carácter aleatorio que puede tener el lugar circunstancial de constitución de la sociedad.

El artículo 2º de la Convención define o califica el lugar de constitución como el Estado donde se cumplen los requisitos de fondo y forma requeridos para la creación de dichas sociedades.

Pero insistimos, tal lugar, aun mediando dichos requisitos, puede continuar siendo aleatorio y circunstancial cuando la sociedad tiene su dirección o administración principal en otro lugar o incluso las sedes efectivas de su actividad en otro Estado.

De ahí que la capacidad, funcionamiento y disolución de la sociedad deban regularse por la ley de su domicilio, entendido éste como dirección o administración principal.

4. RECONOCIMIENTO

El artículo 3º reconoce de pleno derecho a las sociedades debidamente constituidas en uno de los Estados Partes.

5. DERECHO DEL ESTADO LOCAL

No obstante, tal reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado para comprobar la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su constitución.

Como hemos visto antes, al comentar los Tratados de Montevideo, tal reconocimiento de pleno derecho es en el régimen de Montevideo de 1889 y 1940 para las sociedades legalmente constituidas conforme a la ley de su domicilio, sede ésta con mayor permanencia y estabilidad que la del lugar de la sola constitución de la sociedad.

La segunda parte del artículo 3º de la Convención agrega que en ningún caso la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último.

Ésta es una disposición genérica que trata la capacidad sin establecer distinciones dentro de la misma.

No es lo mismo la capacidad que se reconoce a un tipo societario que la que pueda corresponder a otro tipo diferente: por ejemplo, una sociedad de hecho recibirá, en cuanto a su capacidad, un trato distinto a una sociedad anónima o de capital: quiere esto decir que tiene facultades y obligaciones distintas en uno y otro caso.

6. LEY DE LA SOCIEDAD

Pero, en todo caso, la buena doctrina indica que debe aplicarse a la sociedad extranjera su ley (sea ésta la de su domicilio, nacionalidad o incorporación) con la sola reserva del orden público internacional del lugar de su actuación para la materia societaria de que se trate.

Recordemos, al respecto, que el citado criterio del orden público internacional deberá tener un carácter excepcional para no desvirtuar la aplicación regular del derecho extranjero.

En el supuesto de que se trate de una sociedad de tipo desconocido en el país, podrá aplicarse, en subsidio, el régimen legal del tipo más análogo existente en el país, pero respetando siempre el criterio general antedicho de aplicar, en principio, a la sociedad su propia ley, sea ésta de su domicilio, nacionalidad o lugar de incorporación.

El artículo 4° de la Convención se refiere al funcionamiento habitual de la sociedad. Y en este sentido guarda analogía con las disposiciones de los artículos 5° y 8° de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente.

En el caso de la Convención, se menciona el ejercicio directo o indirecto de los actos de su objeto social, regulando dicho ejercicio por la ley del lugar de los respectivos actos.

En el ejercicio indirecto deben quedar comprendidos actos que suponen un posterior funcionamiento habitual como es, por ejemplo, la constitución de una nueva sociedad.

7. CONTROL

La segunda parte de este artículo 4° se refiere al control que una sociedad mercantil que actúa en un Estado obtenga sobre una sociedad constituida en otro: a este control se aplicará también la ley del lugar del acto que realicen, en este caso para la obtención de dicho control.

El artículo 5° establece un principio facultativo para el Estado local donde la sociedad constituida de un Estado que pretende establecer la sede efectiva de su administración en otro Estado puede ser obligada por el Estado local a cumplir con los requisitos establecidos en su legislación.

Ya hemos dicho en distintas oportunidades que el principio general más adecuado para regular a la sociedad es el de su domicilio, entendiendo por tal la sede de un directorio o administración principal, de donde parten normalmente las directivas para su funcionamiento.

El artículo 6° de la Convención utiliza este criterio general que debe ser el principio básico, pero en forma supletoria y para el solo caso de constitución de una sede efectiva, sin decir si es la casa matriz, una filial o una sucursal.

Y dejando como lugar atributivo del régimen legal de funcionamiento de la sociedad al lugar de su constitución, que puede no coincidir con aquél y resultar, en cambio, circunstancial o aleatorio.

Por último, la disposición del artículo 7° de la Convención establece un principio general que, tal como está dicha disposición redactada, resulta superfluo: la ley declarada aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado que la considere manifiestamente contraria al orden público. De buen o mejor criterio sería decir que sólo en dicho caso (“manifiestamente contraria a su orden público”) el Estado del lugar de su aplicación podrá dejar de lado la ley declarada aplicable por la Convención.

Son países ratificantes de la Convención antedicha: Argentina, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

CAPÍTULO XII

CONCURSOS Y QUIEBRAS

1. SU PROBLEMÁTICA INTERNACIONAL

Al tratar de las sucesiones y de la sociedad conyugal en el Derecho Internacional Privado, señalamos que ambas instituciones constituyen —del mismo modo que el concurso de acreedores y, en su caso, la quiebra— sendas universalidades.

Éstas, a su vez, suponen un todo ideal —la universalidad— sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de los respectivos derechos.

De ahí que la solución aconsejable en el ámbito extraterritorial para las universalidades, siguiendo el criterio de su naturaleza precisamente única, sea asimismo el de la unidad.

Desde el punto de vista doctrinario, tratándose de la sucesión, dicha unidad esta representada por la ley —única— del causante, sea esta ley la de su nacionalidad o domicilio.

En el caso de la sociedad conyugal, en tanto se presume en algunas leyes que el marido es su administrador, comprende aplicar dicha ley a la del domicilio conyugal para regular las relaciones referentes a los bienes de los esposos.

En materia de concursos o quiebras, pareciera nuevamente ser la persona del concursado o fallido el factor más importante que deba determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente en dicha materia.

Sin embargo, en la práctica legislativa y jurisprudencial han vuelto a prevalecer concepciones feudales del derecho internacional, fundadas en razones de soberanía y orden público.

El concurso y la quiebra internacional suponen un fallido con bienes y/o acreedores en distintos países, siendo que los bienes de cada Estado pueden ser o no suficientes para atender los reclamos de dichos acreedores cuyos créditos, a su vez, pueden contar con distintos privilegios o preferencias entre las cuales puede estar, además, el carácter local de dichos acreedores.

En Vico-Argüello ¹ se puede consultar la variedad de sistemas seguidos para regular a la quiebra internacional.

¹ Vico, *op. cit.*, T. II, Cap. XXI sobre quiebras, págs. 184 y sigs.

El sistema de la unidad, más acorde con el carácter universal del concurso, puede, sin embargo, dar lugar a inconvenientes en la ejecución extraterritorial de posibles disposiciones del juez declarado competente. Así, por ejemplo, en la publicidad de las medidas concursales que podrían no conocerse en otros países; o las medidas de seguridad respecto de los bienes en otra jurisdicción; ello además del régimen de privilegios o preferencias propias del sistema legal de cada país, que pudiera diferir en otros Estados.

2. EL PATRIMONIO: PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES

De todas maneras, la necesidad de compatibilizar el interés de los acreedores —de quienes el patrimonio del concursado o fallido es prenda común— ubicados además en distintos países torna necesario que la actividad de los jueces y funcionarios de la quiebra deba admitir, en mayor o menor medida, la extraterritorialidad de las medidas que sobre los bienes del deudor hayan sido tomadas en el extranjero.

3. EL AUTO DECLARATIVO DE QUIEBRA Y LA CAPACIDAD DEL FALLIDO

Si se entiende, como lo hizo a su turno la jurisprudencia en Bélgica, que, por ejemplo, el auto declarativo de quiebra afecta el estado de la persona, en consecuencia dicha declaración debe tener también efecto extraterritorial.

Recordemos que también en nuestra legislación la quiebra produce el desapoderamiento del comerciante.

En otro orden, la existencia de bienes inmuebles determina, según la jurisprudencia comparada, en general la apertura de nuevos juicios o de acciones específicas en el lugar de radicación de dichos bienes. Esto ocurre también en materia sucesoria o de bienes inmuebles de la sociedad conyugal.

En materia comercial la figura jurídica más usual para la actuación extraterritorial del comerciante es la sociedad.

En el ámbito societario aparece en el ámbito interno de cada sociedad la posibilidad de vinculaciones tanto jurídicas como económicas.

Estas vinculaciones suelen asumir la forma de sociedades (o casas comerciales, en el lenguaje del Tratado de Montevideo) independientes o dependientes.

Una sociedad puede tener dependencia jurídica de otra, que es su casa matriz, pero independencia económica de dicha casa matriz. En tal caso, la sociedad antedicha constituye una filial de la matriz.

Si, en cambio, además de la citada dependencia jurídica es también económicamente dependiente, estamos ante el caso de una sucursal.

En uno y otro caso, la casa matriz ejerce alguna forma de control —jurídico y económico en el otro— sobre sus filiales o sucursales.

Frente a un caso de dificultad patrimonial de una u otras sociedades que actúen en diversos Estados se plantea, consecuentemente, la necesidad de regular los procedimientos concursales o de quiebra respectivos.

Dichos procedimientos afectan a la persona y bienes del deudor individuo o sociedad comercial en concurso, como asimismo, a sus acreedores que pueden estar en diversos Estados.

4. NUESTRA LEGISLACIÓN ANTERIOR

La ley 11.719 (de Quiebras), vigente hasta la sanción de la Ley de Concursos 19.551², disponía en su artículo 7°:

“Artículo 7°.— *Incapaces e inhabilitados.* En casos de incapaces e inhabilitados, la solicitud debe ser efectuada por sus representantes legales y ratificada, en su caso, por el juez que corresponda, dentro de los treinta días, contados desde la presentación. La falta de ratificación produce los efectos indicados en el último párrafo del artículo anterior”. La última parte del artículo 6° disponía: “No acreditado este requisito, se produce de pleno derecho la cesación del procedimiento con los efectos del desistimiento de la petición”.

Enunciación, fundamentos y refutación.— La teoría de la pluralidad se inspira en esta idea: los jueces de un Estado no pueden tomar medidas de ejecución sino sobre valores situados en ese mismo Estado; la quiebra es un régimen de indisponibilidad de bienes, encerrado, por razón de soberanía, en los límites territoriales del Estado donde se pronuncia. Veamos los fundamentos de esta tesis.

Estado real.— La doctrina de la pluralidad se basa en la naturaleza real de la institución que examinamos.

Soberanía.— Reconocer efecto extraterritorial al auto de quiebra importaría afectar el orden público y la soberanía de las naciones.

Estas ideas del orden público y de la soberanía de los Estados son antiguas —se contesta—, esgrimidas en todas las controversias de derecho internacional. Se ha preguntado en qué consistiría esa violación del orden público de un Estado si se admitiera el efecto extraterritorial de un auto de quiebra; no es admisible atrincherarse tras la noción vaga de la independencia o soberanía de los Estados, porque ello equivaldría a hacer renacer la idea rancia de que el Estado tiene un dominio eminente sobre los bienes que se encuentran en su territorio.

Naturaleza.— La quiebra es un embargo legal, un secuestro operado por la autoridad pública, que impone a los acreedores un procedimiento. ¿Cómo es posible, entonces, que una autoridad limitada por fronteras pueda decretar el embargo de bienes que se encuentran más allá de sus fronteras?

Leyes de policía y seguridad.— Las leyes de quiebra son territoriales porque son leyes de policía y seguridad. Se contesta que siendo el poder de po-

² Actualmente rige la ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

licía, de acuerdo con la noción más generalizada, el conjunto de atribuciones necesarias para mantener el orden público en las personas y cosas sujetas a su jurisdicción, ello no ocurre con las leyes de quiebra, salvo en lo concerniente a las disposiciones penales, tendientes a reprimir el fraude, pero que son accesorias.

Naturaleza del fallo.— Los fallos tienen distinta naturaleza: debe distinguirse entre los declarativos y los que entrañan una condenación. Los primeros no pueden tener efecto extraterritorial, pues son decisiones más voluntarias que contenciosas: así ocurre con el auto declaratorio de la quiebra, que es una simple sentencia de ejecución que ordena el embargo de los bienes del fallido.

Los autores contrarios rebaten el argumento diciendo que si bien las sentencias declarativas no pronuncian una condenación, no puede negarse que, como éstas, también persiguen un propósito; el fallo que dicta una condenación tiende también a un resultado práctico, a una ejecución, y lo mismo acontece con el auto declarativo de la quiebra, por lo que debe reconocérsele efecto extraterritorial una vez otorgado el exequátur.

Intención de las partes.— Los acreedores de un país al contratar con una sociedad extranjera, por ejemplo, que tiene una sucursal en ese país, le conceden crédito no en consideración a los bienes que esa sociedad pueda poseer en el extranjero sino de los que posea en el país de su nacionalidad. Pero se pregunta: ¿acaso los acreedores no han debido prever que en el supuesto de quiebra deberían someterse a una liquidación general, derogándose las reglas ordinarias de la competencia?

Salvaguardia de los intereses de los nacionales.— La defensa del interés del nacional se encuentra en la raíz del sistema de la pluralidad en el deseo de asegurarse los beneficios de su propia jurisdicción. En Estados Unidos esta idea juega un rol considerable, constituyendo la base de su sistema de Derecho Internacional Privado en materia de quiebras. Sabemos que esta idea de la protección del interés del nacional ha merecido acerbos críticas por parte de la doctrina liberal que se resiste a admitir la noción estrecha del interés como base nacional de una teoría jurídica.

Como vemos, ya en el régimen anterior se daba preferencia a los acreedores locales argentinos por sobre los extranjeros. Recordemos que en materia de sucesión (otra de las universalidades contempladas por el derecho) el artículo 3470 del Código Civil contiene una disposición parecida, aunque por cierto más limitada.

Dicho artículo prevé el supuesto de que en una sucesión con bienes en la Argentina y en el extranjero, los herederos argentinos o domiciliados en el país sean postergados en sus derechos sobre los bienes situados en el exterior por razón de leyes o costumbres locales del país respectivo.

Entonces el Código Civil les da derecho a reparar ese perjuicio derivado de tal postergación permitiéndoles compensarse sobre los bienes situados en nuestro país.

Decimos que esta disposición es más limitada por cuanto se refiere a una compensación en el país a los sucesores locales que han sido postergados en el extranjero.

En cambio, en el régimen legal de quiebras de la ley 11.719 se postergaba a los acreedores extranjeros que no pudieran disputar derecho alguno a los acreedores en la República. Los acreedores, a su vez, que pertenezcan al concurso formado en el extranjero sólo tendrían derecho al sobrante que hubiese de los bienes en caso de haberse declarado la quiebra en el país.

5. RÉGIMEN LEGAL

La ley 19.551, reemplazada por la ley 24.522, disponía en su artículo 4°:

“Artículo 4°.— *Concursos declarados en el extranjero.* 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. 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, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

”*Pluralidad de concursos.* Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

”*Reciprocidad.* La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República puede verificarse y cobrar —en iguales condiciones— en un concurso abierto en el país en el cual aquél crédito es pagadero.

”*Paridad en los dividendos.* Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real”.

Veamos por partes las distintas hipótesis previstas en este artículo:

a) Declaración de concurso solamente en el extranjero

La ley 11.719 no preveía este supuesto.

Si el concurso se ha declarado en el extranjero, pero no en la Argentina donde también hay acreedores, podría ocurrir que por aplicación de la ley extranjera respectiva y si no mediara tratado al respecto con nuestro país, los

acreedores del concurso extranjero desplazaren a los acreedores locales simples —es decir, sin concurso— existentes en el país.

Por esta razón es que la nueva ley da preferencia en su segundo párrafo a los acreedores locales argentinos, es decir, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el país.

Además y en el primer párrafo —habiendo un concurso declarado en el extranjero—, también da derecho al deudor como a los acreedores locales argentinos a solicitar la apertura de un nuevo concurso en el país.

b) Concurso en el extranjero y quiebra en la Argentina

Aquí el tercer párrafo del artículo 4° introducido por la ley 22.917 adopta la misma solución de la ley 11.719. Los acreedores del extranjero actuarán sólo sobre el sobrante que existiere en la quiebra argentina.

c) Verificación de créditos extranjeros en el concurso argentino: reciprocidad (concurso sólo en la Argentina)

Ahora estamos ante el supuesto inverso: hay acreedores con créditos pagaderos en el extranjero y que no pertenecen a concurso alguno abierto en el exterior.

Dichos acreedores, si se presentan a verificar sus créditos en el concurso argentino, debieran probar —contribuir a probar según nuestra ley “condicionado a que se demuestre”— que en iguales circunstancias y a la inversa podrá verificarse el crédito de un acreedor argentino en un concurso en el extranjero.

Hemos dicho al tratar de la reciprocidad en la Parte General, que constituye un fundamento del Derecho Internacional Privado propio de la época feudal en que imperaba un territorialismo casi absoluto.

Fueron los estatutarios holandeses del siglo XVII y particularmente Ulrich Huber en sus axiomas quienes sostuvieron la cortesía de utilidad recíproca que venía a favorecer el reconocimiento de la capacidad para comerciar o navegar de los holandeses en el extranjero.

Esta suerte de costumbre feudal se incorporó al derecho británico y, a través de Story, al derecho norteamericano.

En nuestro país hubo un par de antecedentes jurisprudenciales: los casos “Banco Europeo para América Latina c/Cura Hermanos S.A”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 8-IX-1983, y “Trading América s/quiebra”, resuelto el 15 de setiembre del mismo año por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E.

Existía en ellos un planteo de inconstitucionalidad contra la preferencia que existía contra los acreedores extranjeros sin concurso y en favor de los acreedores locales del concurso argentino.

Si bien en el primero de los casos la Corte declaró la cuestión abstracta, en el segundo de ellos, el caso Trading América, la Cámara Comercial aplicó el artículo 4° de la ley 19.551 en favor de la verificación a un acreedor cuyo crédito era pagadero en Nueva York. Ello en virtud del principio genérico de igualdad ante la ley entre acreedores en el extranjero y acreedores en el país, siendo que el deudor había pactado libremente el pago del respectivo crédito en el extranjero.

La ley 22.917, que entró en vigencia el 27-X-1983, dio la solución de la reciprocidad antedicha.

Cabe, sin embargo, señalar la imprecisión que surge del texto: "...condicionada a que se demuestre que recíprocamente, un acreedor (argentino) puede verificarse y cobrar en... el país (extranjero respectivo) en que aquel crédito es pagadero".

La demostración de la reciprocidad que, a su vez, determina la necesidad de probar el derecho respectivo, incumbe al juez cuya obligación es aplicar el derecho extranjero como derecho y no como simple hecho.

d) Paridad en los dividendos: supuesto de concurso en el país y posterior cobro de créditos quirografarios en el extranjero

Dichos cobros "se imputarán —según este agregado también introducido por la ley 22.917— al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes".

Esta disposición es ciertamente confusa.

En su parte pertinente, dice la Exposición de Motivos de la ley 22.917:

"Se propone también la inclusión de un nuevo tercer párrafo al artículo 4°. Tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos, que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de la apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra Nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite falencial. La regla se inspira en la disposición norteamericana. Se busca 'igualar' al acreedor que obtuvo beneficio propio, con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común. Como no se hace depender esto de cuál sea el lugar de pago, evita esa aventajada conducta, provenga ella tanto de acreedor pagadero en el exterior cuanto de otro pagadero en esta República. La redacción vigente del artículo 4° excluye del concurso al acreedor por razón del lugar en que hubiera de haber sido pagado, pero no prevé regla ninguna para evitar que un acreedor, pagadero localmente, fraccione su crédito para emplear una parte del mismo para cobrar en el exterior, y con otra fracción de sus títulos solicite, obtenga y se beneficie de una verificación concedida en el concurso local".

Esta explicación, sin embargo, no alcanza a cubrir el vacío que deja el artículo 4° en su último párrafo para el caso de créditos de sumas que no deven-guen dividendos.

Pareciera que la correcta interpretación es que la imputación de los cobros de créditos quirografarios percibidos en el extranjero deberá hacerse sobre los créditos de la misma naturaleza quirografaria que el acreedor pretenda percibir en el concurso argentino.

6. TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y 1940

Recordemos que el primero de dichos tratados, el de 1889, rige las relaciones comerciales internacionales entre Argentina, Bolivia y Perú.

El Tratado de 1940, a su vez, rige las relaciones comerciales terrestres (las de la navegación son objeto de un tratado específico) entre Argentina, Pa-raguay y Uruguay.

7. JUEZ COMPETENTE

Veamos comparativamente sus disposiciones:

Tratado de 1889
TÍTULO X
De las falencias

Artículo 35. Son jueces competentes para conocer de los juicios de quiebra los del domicilio comercial del fallido, aun cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra Nación, o mantenga en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal.

Tratado de 1940
TÍTULO VIII
De las quiebras

Artículo 40. Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal.

Ambas disposiciones, artículo 35 del Tratado de 1889 y artículo 40 del de 1940, señalan como juez competente al del domicilio comercial de la persona física o sociedad involucradas.

Recordemos que en sus artículos 2° y 3° del Tratado de 1889 y 1940, respectivamente, se define al domicilio comercial como el asiento principal de sus negocios.

La competencia antedicha es del juez del domicilio comercial aun cuando el comerciante practique —accidentalmente— actos de comercio en otro Estado o tenga en ellos sucursales, es decir casa, con dependencia jurídica y económica de la matriz.

8. CASAS COMERCIALES INDEPENDIENTES: FILIALES

Artículo 36. Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes, en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas los tribunales de sus respectivos domicilios.

Artículo 41. Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios.

Éste es ahora el supuesto de las filiales, no ya de las sucursales.

Las filiales tienen dependencia jurídica de su dueño o casa matriz, pero son económicamente independientes.

En este caso se determina la competencia de los jueces de su respectivo domicilio.

Obsérvese, pues, que el criterio ha sido mantener el principio de la unidad de quiebra (que es, en rigor, un procedimiento universal semejante al concurso) haciendo excepción en el caso de las filiales.

9. EFECTOS. MODOS DE COMPATIBILIZACIÓN DE INTERESES

a) Medidas preventivas de seguridad, conservación y publicidad

Artículo 37. Declarada la quiebra en un país en el caso del artículo anterior, las medidas preventivas dictadas en ese juicio, se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados, sin perjuicio del derecho que los artículos siguientes conceden a los acreedores locales.

b) Publicación. Avisos

Artículo 42. La declaración de quiebra y demás actos concernientes a ella, cuya publicación esté prescrita por las leyes del Estado en donde la quiebra ha sido declarada, se publicarán en los Estados en donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido, sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales.

Véase como un rasgo también propio del sistema de la unidad, la vigencia claramente extraterritorial que se otorga a las medidas conservatorias y de publicidad que dispone el juez de la quiebra y con aplicación en los demás Estados miembros del Tratado, de acuerdo a las formalidades establecidas por las leyes locales.

Artículo 38. Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar por el término de sesenta días avisos en que dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas preventivas que se han dictado.

Artículo 44. Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar durante 30 días en los lugares donde el fallido posea bienes, avisos en los cuales se dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas que se hubieren dictado.

Ambas normas —del Tratado de 1889 y 1940— son similares.

Se acorta en el de 1940 en treinta días el término de los avisos (de 60 a 30) y se agrega que ellos se publicarán en los lugares donde el fallido posea bienes.

c) Derecho de los acreedores locales: opción por un nuevo juicio de quiebra

Artículo 39. Los acreedores locales podrán, dentro del plazo fijado en el artículo anterior, a contar desde el día siguiente a la publicación de los avisos, promover un nuevo juicio de quiebra, contra el fallido, en otro Estado, o concursarlo civilmente si no procediese la declaración de quiebra.

En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en que radican.

Artículo 45. Los acreedores locales podrán, dentro del término de 60 días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado, un nuevo juicio de quiebra contra el fallido, o concursarlo civilmente si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo, se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 43, de lo dispuesto en el artículo 47 de este Título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Como vemos, en ambos artículos aparece la opción de los acreedores locales definidos luego por los respectivos artículos 40 y 46.

Se introduce la alternativa del concurso civil para el caso de que no procediera la declaración de quiebra.

Las leyes aplicables a los diversos juicios serán las de los respectivos Estados.

El Tratado de 1940 extiende la aplicación de las distintas leyes a las materias de concordatos preventivo u otras análogas, sin perjuicio de las medidas preventivas o de lo que dispone más adelante en materia de sobrantes o de la intervención que corresponda a los síndicos.

d) Definición de los acreedores locales

Artículo 40. Entiéndese por acreedores locales, que corresponden al concurso abierto en un país, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el mismo.

Artículo 46. Entiéndese por acreedores locales que corresponden a la quiebra declarada en un Estado, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado.

El lugar de cumplimiento —principio generalmente aplicable a las obligaciones— o de pago del respectivo crédito es, pues, el criterio objetivo seguido por ambos Tratados para determinar el carácter local de los acreedores.

e) Sobrante

Artículo 41. Cuando proceda la pluralidad de juicios de quiebras o concursos, según lo establecido en este Título, el sobrante que resultare en favor del fallido en un Estado será puesto a disposición de los acreedores del otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos.

Artículo 47. Cuando proceda la pluralidad de los juicios de quiebra, según lo establecido en este título, el sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos.

El Tratado del '40 introduce en su artículo un segundo párrafo destinado a "los créditos localizados en un Estado".

Dichos créditos localizados no son otros que los de los acreedores locales ya definidos en los artículos 40 y 46 del Tratado de 1889 y de 1940, respectivamente.

Pero el Tratado de 1940 les otorga en su artículo 48, segunda parte, preferencia a tales créditos localizados en un Estado sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización. Se trata de una aplicación parcial del criterio pluralista o territorial en la materia de la quiebra. Hemos visto al

tratar de la reforma introducida al artículo 4° de la Ley argentina de Concursos 19.551 por la ley 22.917, cómo podría verse afectada la igualdad ante la ley entre acreedores locales y extranjeros en virtud precisamente del citado criterio de localización de los créditos.

f) Supuesto de unidad

Artículo 42. En el caso en que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda, según lo dispuesto en el artículo 35, o porque los dueños de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el artículo 39 todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos ante el juez o tribunal que ha declarado la quiebra.

Artículo 48. En el caso de que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda según lo dispuesto en el artículo 40, o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que le concede el artículo 45, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal del Estado que ha declarado la quiebra. En este caso, los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización.

Una forma de evitar la posible desigualdad resultante con los consiguientes planteos posibles de inconstitucionalidad de la norma, es la de pactar el deudor y el acreedor como lugar de pago en forma alternativa diversas plazas.

En tal caso el acreedor de un crédito localizado en dos o más Estados, que pretende hacerlo efectivo en uno de ellos, no podrá verse en este último, postergado por otros acreedores locales pues su crédito estaría también localizado en dicho Estado.

g) Acreedores privilegiados: hipotecarios y/o prendarios

Opción por la jurisdicción local.

Artículo 43. Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios anteriores a la declaración de la misma, podrán ejercer sus derechos ante los tribunales del país en que están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

Artículo 50. Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios o prendarios, anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

Como vemos, el artículo 50 del Tratado de 1940 incluye en el beneficio de la opción jurisdiccional a los acreedores prendarios, precisando que sean anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, a diferencia del Tratado de 1940, que se remite a la fecha de la declaración de quiebra.

Es de práctica en el procedimiento concursal de la quiebra que, producida ésta, se fije una fecha provisional que luego será confirmada o sustituida por la fecha de la definitiva cesación de pagos.

Ello para permitir la impugnación de los actos celebrados por el deudor a partir de esa fecha y dentro del denominado “período de sospecha”.

En cuanto a la opción jurisdiccional en favor de los acreedores privilegiados y por el lugar de radicación de los bienes respectivos, constituye una nueva excepción al sistema de la unidad en materia, esta vez de jurisdicción competente.

h) Privilegios y transporte de los bienes

Artículo 44. Los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la celebración de ésta, se respetarán, aun en el caso en que los bienes sobre que recaiga el privilegio se transporten a otro territorio y exista en él, contra el mismo fallido, un juicio de quiebra o formación de concurso civil. Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá efecto cuando la traslación de los bienes se haya realizado dentro del plazo de la retroacción de la quiebra.

Esta disposición del Tratado de 1889 no ha sido mantenida en el de 1940.

Está referida sólo a los bienes muebles “...que...se transporten a otro territorio..”, y para el supuesto de que en este otro territorio exista contra el mismo fallido otro procedimiento concursal.

Ello siempre que dicho transporte se haya realizado entre la fecha de la cesación de pagos y la declaración de quiebra.

La disposición del artículo 44 suprimida en el Tratado de 1940 parece destinada a evitar un traslado fraudulento por el fallido de bienes muebles con el propósito de sustraerlos al concurso primitivo.

i) Autoridad de los síndicos y ejecución de bienes

Artículo 45. La autoridad de los síndicos o representantes legales de la quiebra, será reconocida en todos los Estados, si lo fuese por la ley del país en cuyo territorio radica el concurso al cual representan, debiendo ser admitidos en todas partes a ejercer las funciones que les sean concedidas por dicha ley y por el presente Tratado.

Artículo 49. La autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados contratantes.

Podrán tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra; pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación.

Ambas disposiciones reconocen la autoridad de los síndicos en el ámbito territorial de los países miembros del Tratado.

El Tratado de 1889 lo hace en forma más genérica.

El Tratado del '40 incluye una reserva también derivada del criterio territorialista o de la pluralidad.

La ejecución de los bienes —medida procesal sobre material real— se regirá por la *lex rei sitae*.

j) Pluralidad de quiebras y bienes en un tercer Estado

Artículo 51. Cuando exista pluralidad de juicios de quiebra, los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra, concurso civil u otro procedimiento análogo, concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiere prevenido.

El Tratado del '40 incluye la norma del artículo 51 que no existe en el de 1889.

Esta norma del artículo 51 sigue, pues, el criterio de la universalidad de la quiebra, regida por el juez del domicilio —o asiento principal— del fallido.

Es así que a la jurisdicción del juez del primer juicio de quiebra corresponde incorporar los bienes situados en un tercer Estado.

k) Pluralidad de concursos o quiebras y medidas de carácter civil

Artículo 46. En el caso de pluralidad de concursos, el tribunal en cuya jurisdicción reside el fallido, será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que lo afecten personalmente.

Artículo 52. En el caso de pluralidad de quiebras, el juez o tribunal en cuya jurisdicción esté domiciliado el fallido será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que le conciernan personalmente.

Al comentar la jurisprudencia de Bélgica mencionamos que la quiebra afecta la capacidad de la persona del fallido.

Es más: genera una incapacidad para administrar sus bienes como ocurre en nuestra ley concursal.

Parece entonces razonable que el juez de la residencia en el Tratado de 1889 y —más razonablemente— el del domicilio del fallido en el Tratado de 1940, sea el competente para dictar las medidas de carácter civil que afecten a su persona.

l) Rehabilitación del fallido

Artículo 47. La rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que se le sigan.

Esta disposición, suprimida en el Tratado del '40, parece excesiva.

Más lógico resulta que cada ley en el caso de pluralidad de concursos resuelva lo concerniente a la rehabilitación que particularmente afecta a la persona del fallido.

m) Aplicación del tratado a las liquidaciones

Artículo 48.— Las estipulaciones de este Tratado en materia de quiebras, se aplicarán a las sociedades anónimas, cualquiera que sea la forma de liquidación que para dichas sociedades establezcan los Estados contratantes, en el caso de suspensión de pagos.

Artículo 53.— Las reglas referentes a la quiebra serán aplicables en cuanto corresponda, a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas, contenidas en las leyes de los Estados contratantes.

El Tratado de 1889 abarcaba a las sociedades anónimas en la materia de quiebras, estando las disposiciones de dicho Tratado por encima de las nor-

mas locales societarias en materia de liquidación para el caso de suspensión de pagos.

El Tratado del '40, sin mencionar a las sociedades anónimas, aplica las disposiciones de dicho Tratado a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensiones de pagos u otras instituciones análogas (concursos en general) contenidas en las leyes de los Estados contratantes.

10. CONCURSOS CIVILES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Más modernamente nuestras leyes 19.551 y 22.917 han ampliado la denominación a la de concursos. En sentido similar, aunque por vía de analogía, se expresa como veremos el artículo 53 del Tratado de 1940:

“Las reglas referentes a la quiebra serán aplicables, en cuanto corresponda, a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas contenidas en las leyes de los Estados contratantes”.

Los concursos abarcan, pues, no solamente el procedimiento que concluye en la quiebra del comerciante o su falencia, sino también una etapa previa y muy importante, la convocatoria de sus acreedores, tendiente a obtener la aprobación de un concordato (o convenio previo), cuya aprobación permite precisamente evitar la quiebra del comerciante con el consecuente desapoderamiento de sus bienes.

a) Normas aplicables

Artículo 16.— El concurso civil de acreedores se rige y tramita por las leyes y ante los jueces del país del domicilio del deudor.

b) Concursos independientes. Bienes en distintos Estados

Artículo 17.— Si hubiera bienes ubicados en uno o más Estados signatarios, distintos de los del domicilio del deudor, podrá promoverse, a pedido de los acreedores, concursos independientes en cada uno de ellos.

c) Medidas preventivas

Artículo 18.— Declarado el concurso, y sin perjuicio del derecho a que se refiere el artículo anterior, el juez respectivo tomará todas las medidas preventivas pendientes respecto de los bienes situados en otros países, y, al efecto, procederá en la forma establecida para esos casos en los artículos anteriores.

d) Publicación de edictos

Artículo 19.— Cumplidas las medidas preventivas, los jueces a quienes se libran los exhortos, harán conocer por edictos publicados durante treinta días, la declaración del concurso, la designación del síndico y de su domicilio, el plazo para presentar los títulos creditorios y las medidas preventivas que se hubieren tomado.

e) Derechos de los acreedores locales

Artículo 20.— En el caso del artículo 17, los acreedores locales, dentro de los sesenta días subsiguientes a la última publicación prevista en el artículo anterior, podrán promover el concurso del deudor respecto de los bienes ubicados en ese país. Para este caso, como para el de juicio único de concurso, que se siga ante los tribunales y de acuerdo con las leyes del país del domicilio del deudor, los acreedores locales tendrán el derecho de preferencia sobre los bienes ubicados en el territorio en donde sus créditos deben ser satisfechos.

f) Sobrante

Artículo 21.— Cuando proceda la pluralidad de concursos, el sobrante que resultare a favor del deudor en un país signatario, quedará afectado a las resultas de los otros juicios de concursos, transfiriéndose por vía judicial, con preferencia, al concurso declarado en primer término.

g) Privilegios: ley aplicable

Artículo 22.— Los privilegios se determinan exclusivamente por la ley del Estado en donde se abra cada concurso, con las siguientes limitaciones:

- a) El privilegio especial sobre los inmuebles y el derecho real de hipoteca, quedarán sometidos a la ley del Estado de su situación;
- b) El privilegio especial sobre los muebles, queda sometido a la ley del Estado en donde se encuentran, sin perjuicio de los derechos del Fisco, por impuesto adeudados.

La misma norma rige en cuanto al derecho que se funda en la posesión o en la tenencia de bienes muebles, o en una inscripción pública o en otra forma de publicidad.

h) Autoridad de los síndicos

Artículo 23.— La autoridad de los síndicos o de los representantes legales del concurso, será reconocida en todos los Estados, los cuales admitirán en

su territorio el ejercicio de las funciones que a aquellos conceden la ley del concurso y el presente Tratado.

i) Inhabilidades del deudor y de los bienes. Rehabilitación

Artículo 24.—Las inhabilidades que afecten al deudor, serán decretadas por el juez de su domicilio, con arreglo a la ley del mismo. Las inhabilidades relativas a los bienes situados en otros países, podrán ser declaradas por los tribunales locales conforme a sus propias leyes. La rehabilitación del concursado y sus efectos se regirán por las mismas normas.

j) Liquidaciones judiciales, concordatos y otros análogos

Artículo 25.— Las reglas referentes al concurso serán igualmente aplicables a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas que sean admitidas en las leyes de los Estados contratantes.

CAPÍTULO XIII

DERECHO CAMBIARIO

I. LETRA DE CAMBIO

a) El título de crédito

Los caracteres de autónomo, literal y abstracto propios del título de crédito son los que le atribuyen un dinamismo comercial singular, haciendo del mismo un formidable instrumento fiduciario y de pago.

Su rasgo, evidentemente extraterritorial, determina la concurrencia de una diversidad legislativa posible, a fin de regular una pluralidad de actos inicialmente referidos al contrato de cambio y más modernamente a la letra de cambio, concebida ésta como un título abstracto y con los caracteres antedichos.

b) Antecedentes

Vico y Argüello señalan pormenorizadamente en su *Curso*¹ los antecedentes históricos del proceso de unificación cambiaria que exhibe matices propios en Francia, Alemania y los países anglosajones, respectivamente.

Pero debe señalarse que a partir de la obra del insigne jurista Einert en Alemania, la letra de cambio cobra aquellos caracteres de abstracción, autonomía y literalidad propios de su condición de título de crédito.

Dice acertadamente el doctor Luis A. Argaña en su Informe al Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1939/40:

“¿Se llegará a la unificación legislativa en materia cambiaria?

”Ninguna otra institución jurídica requiere más perentoriamente una legislación uniforme. Desde el siglo XIX se trabaja incesantemente por la realización de ese gran pensamiento. Al Instituto de Derecho Internacional y a la *International Law Association* se deben los primeros y más perdurables esfuerzos. Debemos mencionar, también, los ensayos realizados en los Congre-

¹ VICO, Carlos M., *op. cit.*

son Internacionales de Amberes de 1885, de Bruselas de 1888, las Conferencias Internacionales de La Haya, de 1910 y 1912, los esfuerzos de la Liga de las Naciones, de la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana de 1928 y de la Convención de Ginebra de 1930.

”No obstante el magnífico y perseverante esfuerzo en pro de la unificación del derecho cambiario, carecemos hasta hoy de una legislación cambiaria uniforme.

c) Diversidad de leyes

La diversidad de las legislaciones en materia cambiaria no tiene razón de ser desde que la letra de cambio responde a necesidades que en todas partes son las mismas. Creada con el objeto de facilitar las relaciones comerciales de los pueblos entre sí, presenta la misma estructura y fisonomía en todos los pueblos. El derecho cambiario debe ser el derecho común por excelencia de todos los países.

d) Fundamento

Esa diversidad obedece, principalmente, a la negativa injustificada de algunas naciones de renunciar a ciertas doctrinas incorporadas de un modo tradicional a sus respectivas legislaciones, como se ha comprobado en los Congresos y Conferencias Internacionales en los que algunos delegados no han querido abandonar sus puntos de mira, inspirados por un nacionalismo exagerado, como ocurrió, por ejemplo, en las Conferencias de La Haya al discutirse la provisión de fondos entre las delegaciones francesa y alemana”.

En esta materia nos apartamos, pues, de los principios tradicionales que rigen a los contratos: unidad jurídica, autonomía de la voluntad y leyes del lugar de cumplimiento y celebración.

En la letra, la unidad del contrato es reemplazada por una diversidad de leyes que regulan cada uno de los actos: el del librador que emite la letra; el del girado que la recibe y puede o no aceptar; el endosante; el avalista; el que paga por intervención; el beneficiario, finalmente, que debe percibir su importe.

Para asegurar la autonomía cambiaria, esto es la validez de cada una de las obligaciones que contraen sus partícipes, vuelve a ser necesario mirar a la finalidad del Derecho Internacional Privado. Se trata, como sabemos, de afianzar la certeza y estabilidad en la relación jurídica extraterritorial. Se vería amenazada la seguridad de los partícipes en la letra si la aplicación de una ley distinta a la del lugar donde contraen su obligación respectiva pudiera serles aplicada.

Porque a la hora de analizar la validez y efectos de los respectivos actos jurídicos a contraerse o ya contraídos, la letra requiere —a diferencia del contrato— un trato jurídico que asegure su expeditividad, la celeridad de su trámite.

Un contrato común, como los que legislan los artículos 1205 y siguientes del Código Civil en el plano internacional, constituye un plexo, común también, de derechos y obligaciones de las partes referidas a un mismo acto jurídico. La letra de cambio se refiere a una serie de actos independientes unos de otros, consistentes en una o más promesas de pago aceptables por unos y/u otros, hasta llegar al beneficiario, quien puede tener derecho a su cobro contra uno o más partícipes en la circulación de la letra.

Es, pues, una promesa o serie de promesas que vale tanto como una moneda fiduciaria.

La validez de estas promesas de pago sucesivas no puede estar sujeta a una sola ley nacional, variable además de país a país, sino a tantas leyes diferentes como actos en lugares distintos se practiquen con respecto a la letra.

Cada uno de los obligados quedará, pues, por esta razón de seguridad, sujeto a la autonomía cambiaria que importe la aplicación a cada acto de la ley del lugar donde el mismo se celebra u otorga: *lex loci actus*.

2. LEGISLACIÓN ARGENTINA

a) El artículo 738 del viejo Código de Comercio

El artículo 738, hoy derogado, que formaba parte del Código de Comercio, disponía:

“Las contestaciones judiciales que se refieren a los requisitos esenciales de las letras de cambio, su presentación, aceptación, pago, protesto y notificación, serán decididas según las leyes y usos comerciales de los lugares donde esos actos fuesen practicados.

”Sin embargo, si las enunciaciones hechas en la letra de cambio extranjera son suficientes según las leyes de la República, las circunstancias de que sean defectuosas según las leyes extranjeras, no puede dar lugar a excepciones contra los endosos agregados ulteriormente en la República”.

Este segundo párrafo constituía ya entonces una aplicación del principio del *favor negotii*, contemplado también al analizar el artículo 14, inciso 4° de nuestro Código Civil.

El decreto-ley 5965/63 adaptó la legislación cambiaria argentina a los principios generales de la unificación introducidos en la materia por la Convención de Ginebra.

Ambas normativas se nutren de normas directas (género al que pertenecen las leyes uniformes y no contienen normas indirectas de Derecho Internacional Privado o reglas electivas de leyes).

3. LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

Estas últimas sí son contempladas en los títulos IX (“De las letras de cambio”) y VI (“De las letras de cambio y demás papeles a la orden”), respectivamente, de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

4. FORMA DE LOS ACTOS CAMBIARIOS

Así lo dispone el artículo 26 del Tratado de 1889.

“Artículo 26.— La forma del giro, del endoso, de la aceptación y del protesto de una letra de cambio, se sujetará a la ley del lugar en que respectivamente se realicen dichos actos”.

El artículo 23 del Tratado de 1940, a su vez, incluye en la misma normativa al aval y a los actos necesarios para el ejercicio, o la conservación de los derechos en materia de letra de cambio.

5. *FAVOR NEGOTII*

El Tratado de 1940 prevé en su artículo 24 una disposición *in favor negotii* para el supuesto de que las obligaciones contraídas en una letra de cambio no sean válidas según la ley del lugar, pero sí se ajusten a la ley del Estado donde una obligación ulterior haya sido suscripta, que la irregularidad en la forma de aquella letra no afectara la validez de la segunda obligación. Esta disposición introducida en el Tratado de 1940 confirma el carácter autónomo y separable de cada obligación cambiaria sucesiva, aun en el supuesto de que la anterior no fuese válida según la ley del lugar donde se contrajo.

La validez de la nueva obligación cambiaria no dependería, pues, de la validez de la precedente, sino tan sólo de que la nueva obligación se ajuste a la ley del Estado donde ella se verifica.

6. RELACIONES ENTRE LIBRADOR Y BENEFICIARIO

El artículo 27 del Tratado de 1889 dispone:

“Artículo 27.— Las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y el beneficiario, se regirán por la ley del lugar en que la letra ha sido girada”.

Esta redacción resulta coincidente con el artículo 25 del Tratado de 1940.

7. RELACIONES ENTRE LIBRADOR Y GIRADO

A su vez, el artículo 27 del Tratado de 1889 en su segunda parte dispone:

“...las que resulten entre el girador y aquel a cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del domicilio de este último”.

Por su parte, el artículo 25 del Tratado de 1940 modifica la redacción en su última parte: las relaciones entre el girador (o librador) y la persona a cuyo cargo se ha hecho el giro se regirán por la ley del “lugar donde la aceptación debió verificarse” en lugar del domicilio del girado. Boggiano ² ha criticado esta disposición acertadamente pues importa imponerle al girado, aun no aceptante de la letra, un derecho aplicable que puede ser elegido discrecionalmente por el librador y que además no sea el del domicilio del girado.

Añade el citado autor que ello puede eventualmente conculcar en algún caso el orden público argentino por aplicación del Tratado del '40 y en el marco de las relaciones comerciales internacionales con Paraguay y Uruguay que regula dicho Tratado (el de 1889 regula la letras relacionadas con Bolivia, Colombia, Perú y nuestro país).

Para el antedicho caso recomienda la aplicación del derecho interno argentino (dec.-ley 5965/63), que sigue la fuente de la Convención de Ginebra en la materia, y por aplicación, además, del Protocolo Adicional a los Tratados de 1940, artículo 4°.

8. OBLIGACIONES DEL ACEPTANTE CON EL PORTADOR

El artículo 28 del Tratado de 1889 establece:

“Artículo 28.— Las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación”.

En la misma forma se expresa el artículo 26 del Tratado de 1940.

Aquí vuelve a aplicarse acertadamente el criterio de la *lex loci actus* para regir cada obligación cambiaria.

9. RELACIÓN ENTRE ENDOSANTE Y CESIONARIO

El artículo 29 del Tratado de 1889 dispone:

“Artículo 29.— Los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en que la letra ha sido negociada o endosada”.

Lo mismo dispone el artículo 27 del Tratado de 1940. Ahora bien, el Tratado de 1889 en su artículo 30 contiene una disposición que no ha sido incluida en el Tratado de 1940.

Dice el artículo 30 citado:

“Artículo 30.— La mayor o menor extensión de las obligaciones de los respectivos endosantes no altera los derechos que primitivamente han adquirido el girador y el aceptante”.

² BOGGIANO, A., *op. cit.*, T. II. pág. 804.

Si tenemos en cuenta que las relaciones entre girador y aceptante se rigen por la ley del lugar de aceptación de la letra, cabe concluir que por el ya expresado fundamento de la autonomía de las obligaciones cambiarias, la relación entre endosante y cesionario ha de ser ajena a la primera entre girador y aceptante y no habrá de afectar, ni ser afectada por aquélla.

10. AVAL. DIFERENCIAS

El artículo 31 del Tratado de 1889 rige al aval por la ley que rige a la obligación garantida.

Se sigue aquí un principio general de que la obligación accesoria sigue la suerte de la principal.

En cambio, el artículo 23 del Tratado de 1940 incluye el aval en el régimen de la autonomía y separabilidad de cada una de las obligaciones cambiarias y lo regula por la ley del territorio donde tal aval se otorga.

Parece ser éste el criterio más moderno y adecuado.

11. ACEPTACIÓN POR INTERVENCIÓN

Los artículos 32 del Tratado de 1889 y 28 del Tratado de 1940 coinciden en regular el aval por la ley del lugar (o del Estado en el Tratado de 1940) en que el tercero interviene.

12. PLAZO PARA LA ACCIÓN DE RECAMBIO

Aquí el Tratado de 1940 dispone (el Tratado de 1889 no contiene disposición alguna al respecto) que:

“Artículo 29.— El plazo para el ejercicio de la acción de recambio, se determina para todos los signatarios de la letra, por la ley del Estado en cuyo territorio se ha creado el título”

Es decir que a la materia del plazo para ejercer esta acción de recambio se aplica una sola ley, común para todos los que intervienen en la letra: la ley del Estado donde se ha librado dicha letra. Es el criterio seguido también por el artículo 5º de la Convención de Ginebra de 1930 en materia de conflictos de leyes sobre letra de cambio.

Boggiano ³, siguiendo a Aparicio, sostiene que se trata de la acción de regreso y no de la acción de recambio. De todos modos, no parece claro por qué no sigue también aquí el Tratado de 1940 el criterio general de separación de las intervenciones cambiarias aplicando a cada una de las relaciones respectivas la ley que las regula: según sea entre librado y girado, beneficiario, o avalista, como ya hemos analizado en cada uno de los casos.

³ BOGGIANO, A., *op. cit.*, T. II, pág. 808.

13. MONEDA DE CAMBIO

a) Moneda sin curso legal

El artículo 30 del Tratado de 1940 dispone:

“Artículo 30.— La letra de cambio girada en moneda sin curso legal en el Estado donde se cobra, será satisfecha en la moneda de ese Estado al cambio del día del vencimiento”.

Es decir, prevalece para regular una obligación consistente en el pago de la letra, la ley del lugar donde dicho pago debe efectuarse (*lex loci excutionis*).

1) Mora del deudor

El segundo párrafo del artículo 30 establece, para el supuesto de mora del deudor, el derecho del portador de la letra (acreedor de la misma) a exigir el pago al cambio vigente al día del vencimiento o al día del pago, el que más le convenga, pues no tiene por qué soportar el perjuicio eventualmente derivado de dicha mora.

b) Moneda de la misma denominación y valor diferente

El artículo 30 en su tercer párrafo dispone:

“...Si el monto de la letra se determina en una moneda que tiene la misma denominación pero valor diferente en el Estado de su emisión y en el lugar del pago, se presume que se ha referido a la moneda de este último”.

Se vuelve aquí a dar prioridad al lugar del pago por sobre el de la emisión, pues como ya hemos dicho, el pago es el que hace el cumplimiento de la obligación, que es el que precisamente se quiere asegurar.

1) Demás circunstancias del pago, vencimiento en días feriados, plazos de gracia, etcétera

El último párrafo del artículo 30 aplica a estas restantes eventualidades la ley del lugar del pago, en razón del mismo principio general establecido.

2) Robo, extravío, destrucción o inutilización de la letra

Por las mismas razones el artículo 31 del Tratado de 1940 dispone:

“Artículo 31.— La ley del Estado en donde la letra debe ser pagada, determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, de extravío, de destrucción o de inutilización material del documento”.

A su vez, el artículo 33 del Tratado de 1889 tiene la misma redacción, pero se refería a los pagarés de comercio en lugar de los demás papeles a la orden.

Por su parte, el Tratado de 1940 aplica en su artículo 33 a los cheques las disposiciones del título relativo a las letras de cambio con las siguientes modificaciones.

“...La Ley del Estado en que el cheque debe pagarse determina: 1°. El término de presentación. 2°. Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado y los efectos de esas operaciones. 3°. Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza. 4°. Los derechos a su vez, del girador para revocar el cheque u oponerse al pago. 5°. La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados. 6°. Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque”.

A su vez, en nuestro Derecho el decreto-ley 4776/63 regulaba al cheque, y en su artículo 1° establecía que “el domicilio del banco contra el cual se libre el cheque (girado) determina la ley aplicable”.

Boggiano ⁴ se pronunciaba en favor de la solución del derecho interno argentino que establecía un principio de ley única aplicable al cheque: el del banco contra el cual se emite.

Este criterio es seguido también en el Tratado de 1940 para las antedichas materias, artículo 33, incisos 1° al 6°, que incluye, este último, las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque.

3) Ley 24.452

La nueva Ley del Cheque 24.452 (*B.O.* 2-III-1995), Anexo I, dispone en su artículo 3° que “el domicilio del girado contra el cual se libra el cheque determina la ley aplicable”. Y agrega en su segundo párrafo: “El domicilio que el librador tenga registrado ante el girado podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos legales derivados del cheque”.

Pero en todo lo que no sea materia específica del cheque como instrumento de pago y que haga, en cambio, a las relaciones sobrevinientes entre los diversos partícipes de su circulación, parece razonable reconocer que el cheque circula como un título valor que puede admitir endosos o avales, operaciones éstas que deben quedar reguladas por el principio de separabilidad de las obligaciones cambiarias.

Es decir, en todo lo que no tenga que ver con el cheque como exclusivo instrumento de pago, parece adecuado reconocerle su carácter también de título, con los caracteres de autónomo, literal y abstracto.

4) Timbre

Dispone el artículo 34 del Tratado de 1940:

⁴ BOGGIANO, A., *op. cit.*, t. II, págs. 837 y sigs.

“Artículo 34.— Los derechos y la validez de las obligaciones originados por la letra de cambio, los cheques y demás papeles a la orden o al portador, no están subordinados a la observancia de las disposiciones de las leyes sobre el impuesto de timbre. Empero, las leyes de los Estados contratantes pueden suspender el ejercicio de esos derechos hasta el pago del impuesto y de las multas en que se haya incurrido”.

Este artículo sigue la fuente de la Convención de Ginebra en materia de derecho de timbre, que en su artículo 1º contiene una disposición similar.

Se trata de una disposición que, por tratar una materia impositiva, propia del derecho público y en algún caso relativa al mismo orden público internacional, resguarda para el Estado local la facultad de suspender el ejercicio de los derechos derivados de los títulos valores hasta tanto no se cumplan las prescripciones fiscales en rigor en dicho Estado.

5) *Competencia*

Por último, los artículos 34 del Tratado de 1889 y 35 del Tratado de 1940 disponen coincidentemente la jurisdicción de los tribunales del domicilio de los demandados en las fechas en que se obligaron o aquel que tengan en el momento de la demanda.

El matiz diferencial entre ambas disposiciones es que mientras el Tratado de 1889 rige las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, el Tratado de 1940 incluye, además, el cheque u otro papel a la orden o al portador.

6) *Títulos o papeles al portador*

En su Informe acompañando el Proyecto respectivo al Tratado de Montevideo de 1940, señala Luis A. Argaña al comentar el Título VII sobre “Títulos o papeles al portador”.

“El Tratado de Derecho Comercial de 1889 no se ocupa de los títulos o papeles al portador.

”En los títulos al portador, cualquier persona, por el solo hecho de tenerlos en sus manos, debe ser considerada como propietaria de los mismos. La transmisión se opera por la mera tradición del título.

”En su acepción amplia, es todo escrito en el que consta el derecho a un crédito o a otro valor, transmisible sin endoso, sin formalidad alguna, por la simple entrega del título (billetes de Banco, títulos de renta pública, warrants, conocimientos, acciones y obligaciones emitidas por sociedades, etc.). En una acepción más restringida, son los valores bursátiles, transmisibles por la simple entrega.

”Los títulos al portador, como valores bursátiles son de reciente data. Fueron casi desconocidos, como observa Buchere, en los comienzos del siglo

XIX. En nuestros días han adquirido un desarrollo considerable, representando una parte notable de la forma pública.

”Los títulos al portador, en razón de su empleo en las transacciones diarias del comercio y de su vasta circulación internacional, suscitan a diario conflictos de legislación que es necesario prever y resolver. En ese sentido el proyecto de reformas llena un vacío del Tratado de 1889, vacío que, como ya hemos dicho, no debe atribuirse a la falta de previsión de los eximios juristas que concertaron los Tratados de 1889, cuya magnífica y sólida estructuración ha resistido victoriosamente a la acción del tiempo, sino las transformaciones jurídicas operadas en el curso de medio siglo.

”Sobre el principio que debe dirimir los conflictos de carácter internacional, sobre la ley aplicable a la emisión del título, a sus requisitos, a sus negociaciones sucesivas, a los derechos de los tenedores, etcétera, no se conoce, uniformidad de pareceres. Según unos, debe aplicarse, como la ley única, la del lugar de la emisión del título. ‘La solución se funda en que es la única ley que puede encontrarse indicada, desde que el título al portador se transmite por la entrega y en esa forma puede sufrir cambios rápidos en su tenencia que no dejan rastros conocidos’. Según otros, deben aplicarse dos leyes distintas. La *lex rei sitae* para regir todo lo relativo al título en sí mismo, y la ley del domicilio, para regular las obligaciones derivadas del título.

”El proyecto no consagra una solución única. A nuestro juicio, escribe el doctor Alcorta, no es posible establecer una ley única en tanto el título y la negociación dan lugar a vinculaciones jurídicas que deben estudiarse en sí mismas, a fin de ser consecuentes con el principio que sirve de norma en todas las soluciones y que es el medio más seguro de evitar muchos errores.

”Las formalidades y efectos jurídicos de los títulos y papeles al portador se rigen por la ley vigente en el Estado de su emisión (art. 39).

”La transmisión de los títulos y papeles al portador se regula por la ley del Estado en que el acto se realiza (art. 40).

”Las formalidades y requisitos a cumplirse y los efectos jurídicos resultantes del robo, pérdida, inutilización y destrucción total o parcial de títulos o papeles al portador, quedan sometidos a la ley del domicilio del deudor, pudiendo también hacerse la publicidad en los otros Estados contratantes en que se coticen los títulos (art. 41).

”En los casos del artículo anterior, el derecho del tercer poseedor sobre los títulos o papeles de comercio se regula por la ley del Estado en que se adquirió la posesión (art. 42)”.

Como se advierte de la fundamentación antedicha, estos títulos al portador presentan características propias de los títulos valores en general (literalidad, autonomía, abstracción) y otros en materia de la ley aplicable a los mismos, que resultan de su condición precisamente de títulos al portador, la que les asigna un *situs* impreciso y dependiente del circunstancial tenedor de dichos títulos.

CAPÍTULO XIV

SEGUROS

1. SEGUROS. CRITERIOS GENERALES

Vico-Argüello en su *Curso*¹, desarrollan acertadamente los principios generales en los que se asienta la teoría del seguro.

Ellos son la necesidad social de previsión y solidaridad, para responder a las contingencias de la diversa categoría de riesgos que afectan la vida o la propiedad.

Al mismo tiempo, el seguro cumple una función también social de trascendencia por cuanto aporta seguridad, crédito y capitales.

En el ámbito de nuestra disciplina, la dispersión extraterritorial de los riesgos permite una consiguiente disminución de los mismos a través de su fraccionamiento.

En cuanto al régimen internacional aplicable al contrato de seguro, se han elaborado distintos criterios acerca de la mayor o menor conveniencia de tal o cual ley aplicable.

Algunos, como Brocher y el Código Bustamante en el seguro contra incendio (art. 261), siguen el criterio del lugar de situación de la cosa objeto del seguro.

Otros, la ley del lugar de celebración del contrato y en su defecto la ley personal de las partes (art. 262, Cód. Bustamante).

a) La sede de la compañía

Un criterio más avanzado es el de la ley del lugar donde se encuentra la *sede* de la compañía aseguradora. Éste es el criterio adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Florencia de 1908 y es el que adopta el Tratado de Montevideo para los seguros de vida y marítimos.

Es que la sede de la compañía aseguradora otorga mayor certeza a la localización del contrato de seguro en cuanto a su ley aplicable, por cuanto la función de dicha compañía resulta de una gravitación indudable en la celebra-

¹ VICO, Carlos M., *op. cit.*

ción de un contrato de adhesión como es el seguro. Cuando se trata de seguros sobre cosas terrestres, parece adecuada la solución de aplicar la ley del lugar de situación de la cosa al tiempo de la celebración del contrato, a fin de evitar el fraccionamiento de leyes aplicables a un mismo contrato en razón del cambio de situación de dicha cosa.

b) Tratados de Montevideo

Los Tratados de 1889 y de 1940 tratan la materia del seguro en sus respectivos títulos III. El de 1889 se refiere a los seguros terrestres, marítimos y sobre la vida y el de 1940 sólo a los seguros terrestres, por cuanto los seguros marítimos son objeto de tratamiento en el Tratado de la Navegación Comercial Internacional, también de 1940.

c) Seguros terrestres, fluviales, marítimos y de vida

El artículo 8º del Tratado de 1889 regula los contratos de seguros terrestres y de transporte por ríos o aguas interiores por la ley del lugar de situación del bien objeto del seguro, en la época de la celebración del contrato.

El artículo 12 del Tratado de 1940 mantiene el mismo criterio para los seguros terrestres (no incluye los fluviales) y agrega a los seguros de vida, a los que regula por la ley del domicilio de la compañía aseguradora, o sus sucursales o agencias.

Una disposición similar contiene el artículo 9º del Tratado de 1889, que rige los seguros marítimos y sobre la vida por la ley del domicilio de la sociedad aseguradora o sus sucursales y agencias, en el caso de que fueran constituidas por una sociedad radicada o con casa matriz en otro Estado.

d) Tratado de la Navegación Comercial Internacional

A su vez, el Tratado de la Navegación de 1940 trata la materia “De los seguros” en su Título VII.

El artículo 28 rige a los contratos de seguro —marítimos— por la ley del domicilio de la compañía aseguradora o sus sucursales o agencias domiciliadas en el lugar donde funcionan.

e) Seguros sobre bienes de enemigos

El artículo 29 contempla una hipótesis de importancia para el tiempo del Tratado de 1940: los seguros sobre bienes de enemigos que se consideran válidos aun contratados por dichos enemigos, salvo que el contrato se aplique al contrabando de guerra.

Obsérvese hasta qué punto se ha querido preservar la validez del contrato de seguro, con la sola excepción del contrabando de guerra, que configura una clara hipótesis delictiva.

El mantenimiento de la validez del contrato, aun tratándose de bienes enemigos, muestra el buen criterio de resguardar la finalidad específica del Derecho Internacional Privado: afianzar la certeza y estabilidad de las relaciones iusprivatistas.

Como modalidad limitativa del ejercicio de este derecho de contratar el seguro sobre bienes enemigos, el mismo artículo 29 dispone, al final del mismo, aplazar el pago de las indemnizaciones hasta la conclusión de la paz.

f) Competencia en el Tratado de 1889

El artículo 10 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional declara competentes, para conocer de las reclamaciones contra las sociedades de seguros, los tribunales del domicilio legal de dichas sociedades.

Si tuviera constituidas sucursales en otros Estados, podrán ser también demandadas en éstos.

El artículo 13 del Tratado de 1940 trata de competencia sólo sobre seguros terrestres o de vida.

Y establece una competencia opcional para el actor:

1º) la del Estado cuya ley exige tales contratos: lugar de situación de los bienes a la época de la celebración del contrato para los seguros terrestres y domicilio de la compañía aseguradora para los de vida; o

2º) jueces del domicilio de los aseguradores, o en su caso de sus sucursales o agencias, o los del domicilio del demandado.

g) Competencia en el Tratado de la Navegación de 1940

El artículo 30 establece la de los tribunales del domicilio de la compañía aseguradora o de sus sucursales o agencias.

Pero aquí nuevamente se establece una *opción* ahora en favor de las sociedades aseguradoras, sus sucursales o agencias: cuando éstas actúen en calidad de demandantes podrán ocurrir también ante los tribunales del domicilio del asegurado.

Esta opción —ahora en favor de la sociedad aseguradora— es, pues, la contrapartida de la que se da al asegurado, de demandar en su propio domicilio o en el de la sociedad.

h) Los seguros en nuestra legislación

También en materia de *seguros*, las leyes locales tienden a otorgar al Estado una función de policía, que le permita supervisar la actuación en su terri-

torio de una sociedad extranjera. El ahorro público, comprometido fundamentalmente en la actividad aseguradora, hace que el interés nacional adquiera una dimensión correlativa y que el poder administrador y el jurisdiccional deban entrar en acción, en salvaguarda de los derechos de los particulares y del crédito público.

i) Autorización

Así es como se suele exigir, a las sociedades extranjeras de seguros, *autorización* para funcionar en el Estado local, en defecto de la cual se llegan a establecer sanciones penales, como en el caso de las leyes francesas del 15 de febrero de 1917, 16 de agosto de 1941 y el decreto modificadorio del 14 de junio de 1938.

En nuestro país, el Código de Comercio disponía ², en su artículo 528, que “las compañías extranjeras no pueden establecer agentes en la República sin autorización del Poder Ejecutivo respectivo.

”Si lo hicieren serán personalmente responsables los agentes, así como en el caso de infracción de los estatutos de su compañía”.

j) Fiscalización

Desde el punto de vista administrativo, la Inspección General de Justicia (organismo que dependía de la Secretaría de Estado de Justicia de la Nación) fue, desde su creación en 1908, la que debía intervenir en la fiscalización de la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas y de seguros. Le correspondía también el contralor del cumplimiento del artículo 528 del Código de Comercio, que ejercía respecto del establecimiento en el país de agencias o sucursales, por sociedades anónimas extranjeras de seguros.

k) La Superintendencia de Seguros

En el año 1937, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 108.295 de fecha 21 de junio, creando la Superintendencia de Seguros de la Nación. Dicho decreto fue convalidado por la ley 11.672 y objeto de sucesivas modificaciones.

Según el texto ordenado en 1962, la Superintendencia es una entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Economía, cuya función es el *con-*

² Los arts. 492 al 557, 1251 al 1260 y la ley 3942, que regulaban la materia del seguro en el Código de Comercio, han sido derogados por el art. 163 de la ley 17.418, de fecha 30 de agosto de 1967, en vigencia a partir del 1° de marzo de 1968. Esta ley reemplaza aquel articulado por una ley de seguros incorporada al Código de Comercio, que contiene 162 artículos con un título destinado al contrato de seguro y otro al de reaseguro. No tiene esta ley disposición alguna, semejante al art. 528 del Código, derogado en esta reforma, que establecía la necesidad de la autorización para el establecimiento de agentes, en la República, por compañías extranjeras de seguros.

tralor de los aseguradores en todo lo relacionado con su régimen económico y técnico.

2. SOCIEDADES EXTRANJERAS

Las sucursales y agencias de sociedades extranjeras deberán mantener sus capitales y reservas radicados en el país, y las sociedades extranjeras que operen en seguros o reaseguros por cuenta propia o de terceros quedan sometidas al régimen de superintendencia (otorgamiento de personería, denegación o retiro de la misma, aprobación de la cesión total o parcial de cartera, etc.). Acordada la personería de una sociedad de seguros, la Superintendencia debe disponer su inscripción en el Registro de Sociedades de Seguros, al igual que si se tratara del retiro de la personería ya otorgada.

a) La Inspección General de Justicia

En cuanto a la Inspección General de Justicia, que antes era el organismo fiscalizador de sociedades anónimas y de seguros, hoy se limita en materia de seguros a informar al Poder Ejecutivo en los casos de solicitud de personería jurídica y enviar sus inspectores a las asambleas al sólo fin de vigilar el regular funcionamiento del acto y la observancia de las disposiciones legales y reglamentarias.

b) Compañías argentinas

Para ser consideradas compañías argentinas de seguros, fijaba el artículo 1º de la ley 12.988 (texto ordenado en 1953) una serie de condiciones que debían llenar las entidades aseguradoras.

Debían tener: a) *capital y dirección radicados en el país*; b) *capital social representado por acciones o certificados de acciones nominativas no transferibles por ninguna clase de endoso, requiriéndose para su transferencia, la previa autorización del Instituto Nacional de Reaseguros, que sólo podría acordarla cuando el cesionario fuera argentino*; c) *titularidad de los tres quintos de dichas acciones o cuotas por ciudadanos argentinos*; d) *igual proporción para los miembros de sus directorios, equiparándose al carácter de ciudadanos argentinos a las personas jurídicas extranjeras, que cumplan los mismos recaudos en cuanto al capital y al directorio.*

c) La reforma de 1963

Por el decreto-ley 6697 del 9 de agosto de 1963, se modificó este régimen.

El mismo señaló en sus considerandos que habían desaparecido las razones fundamentales de orden fiscal y económicas que se habían tenido como

fase fundamental, para establecer el régimen de diferenciación entre compañías de seguros contenido en el artículo 1° de la ley 12.988, en cuanto a las condiciones necesarias para que una sociedad revista el carácter de argentina; agregaba que la necesidad de la modificación se hacía necesaria, entre otras razones, por la disposición limitativa del artículo 350 del Código de Comercio, que dispone que en “las resoluciones de las asambleas tomadas por mayoría de los votos presentes, *ningún accionista, cualquiera que sea el número de sus acciones, puede representar más del décimo de los votos conferidos por todas las acciones emitidas, ni más de dos décimos de los votos presentes en la Asamblea*”.

Como consecuencia de este régimen podía ocurrir que los *accionistas extranjeros, tenedores del 40% o menos de las acciones, superasen, en las asambleas sociales, a los accionistas argentinos*, formalmente mayoritarios.

Por otra parte, no resultaba conveniente seguir manteniendo una serie de controles burocráticos —se decía— superpuestos por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación y del Instituto Nacional de Reaseguros, respecto de la nacionalidad de los accionistas de las empresas aseguradoras, que no conducían sino a una ficción puramente formal. En virtud de todas estas razones disponía el citado decreto-ley 6697:

“Artículo 1°.— Sustitúyese el artículo 1° de la ley 12.988 (t.o. en 1963), por el siguiente texto:

”Artículo 1°.— Para todos los fines de la presente ley, se considerarán compañías argentinas de seguros aquéllas *constituidas y domiciliadas en el territorio de la República, con personería jurídica otorgada por las autoridades del país*”. Los demás artículos son de forma.

Por lo tanto, se eliminan los requisitos de radicación de capital en el país, titularidad del mismo y dirección mayoritaria argentinas también radicadas en la República. Según el texto derogado de la ley 12.988, *mediante el cumplimiento de aquellos requisitos relativos al capital y directorio, podían equipararse a ciudadanos argentinos* las personas jurídicas extranjeras, es decir, aquellas que en virtud de su incorporación a la legislación de un país o de la situación de su sede social en el extranjero pertenecieran o fuesen nacionales de tal o cual país.

Por la reforma de 1963, para que se trate de sociedad argentina, deberá ésta no sólo estar domiciliada en la República, sino *también haber sido constituida en ella*, de conformidad con sus leyes, con el correspondiente otorgamiento de personería jurídica por las autoridades del país.

Tal pauta parece definir mejor el criterio argentino de una sociedad, en orden al distinto tipo de control a que, como veremos, quedarán sujetas las sociedades argentinas y extranjeras de seguros.

En virtud de este régimen de control y policía, por parte del Estado, de la actividad aseguradora, encontramos las disposiciones siguientes en la ley 12.988.

El artículo 2º *prohíbe asegurar en el extranjero* bajo pena de multa de hasta veinticinco veces el importe de la prima, a personas, bienes o cualquier interés asegurable de jurisdicción nacional.

Por el siguiente artículo, *deben cubrirse* (bajo la misma pena) *exclusivamente en compañías argentinas de seguros* todas las personas, bienes, cosas, responsabilidad o daños que se resuelvan asegurar, dependientes de propiedad y/o utilizadas por la Nación, provincias, municipios, entidades autárquicas o por personas físicas o jurídica que exploten concesiones, permisos o tengan franquicias, exenciones o privilegios de cualquier índole en virtud de leyes o disposiciones de autoridades del país.

El artículo 4º establece, asimismo, con igual pena en caso de inobservancia, la obligatoriedad de cubrir en compañías argentinas los seguros de toda clase de bienes que ingresen al país, cuyo riesgo de transporte a la República sea por cuenta de quien lo reciba, y los seguros de bienes que salgan del país, cuyo riesgo de transporte al extranjero sea por cuenta de quien lo remita.

El artículo 6º deslinda la intervención del Instituto y la Superintendencia de Seguros en el establecimiento de nuevas entidades de seguros, representaciones de compañías extranjeras, sociedades cooperativas o mutualistas.

Para ello, se requiere la autorización del Poder Ejecutivo, que sólo la concederá después de oír al Instituto Nacional de Reaseguros, el que se pronuncia acerca de las necesidades comprobadas de la plaza de seguros, y a la Superintendencia.

d) Las leyes 17.418 y 20.091

La ley 20.091³ del año 1973 (Ley de Entidades de Seguro y su Control) ha venido a completar el régimen ya expuesto. A ella está sometida toda la actividad aseguradora y reaseguradora, cualquiera que sea su forma o modalidad, la que queda reservada a las sociedades anónimas, cooperativas y de seguros mutuos, a las sucursales o agencias de sociedades extranjeras que respondan a los tipos mencionados, y a los organismos y entes oficiales o mixtos, nacionales, provinciales o municipales (art. 2º). Pero su sola creación no los habilita para operar hasta tanto no sean autorizados por el ente de control en todos los casos y además se demuestre la existencia de reciprocidad si la sociedad solicitante es extranjera (art. 5º).

³ Véanse también en el Apéndice las normas pertinentes de la ley 20.091 sobre los aseguradores y su control.

Es de destacar que la ley viene a integrarse al régimen de la ley 17.418, formando —como lo dice la Exposición de Motivos— un todo con ella. Completa, además, la normativa respecto de la Superintendencia de Seguros de la Nación, a quien incumbe (art. 64) el control de todos los entes aseguradores. La órbita de esta entidad autárquica con autonomía funcional y financiera se fija en jurisdicción del entonces Ministerio de Hacienda y Finanzas (art. 65), estableciéndose taxativamente (art. 67) sus deberes y atribuciones. Entre ellos: ejercer las funciones que la ley asigna a la autoridad de control, dictar las resoluciones de carácter general que sean necesarias para la aplicación de la ley, considerar la adecuación o no de las sociedades nacionales o extranjeras con la normativa vigente y objetar en su caso su constitución, estatutos o funcionamiento, fiscalizar la conducta de productores, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores que no dependan del asegurador, asesorar al Poder Ejecutivo en materias relacionadas, etcétera. Lleva a su cargo, además, un registro de entidades de seguros, uno de antecedentes personales de sus promotores, fundadores o directores, uno de sanciones y otro de profesionales desautorizados para actuar en tal carácter ante la Superintendencia.

El superintendente de Seguros actúa asesorado por un Consejo Consultivo del Seguro, el que está integrado por cinco funcionarios, los que se eligen a propuesta de las sociedades anónimas domiciliadas en la capital, en el interior, de las cooperativas de seguros mutuos, de las extranjeras y de los organismos oficiales o mixtos; uno por cada tipo de ellas, respectivamente. El Consejo está facultado para dar su opinión acerca de los proyectos de leyes, decretos y resoluciones generales que deban cumplir las entidades aseguradoras o los auxiliares del seguro, de las normas para la determinación del activo neto, sistemas de contabilidad, formularios de balance y estadísticas, pólizas de carácter general, tarifas generales y aranceles, monto de la cuota anual y de la tasa uniforme sobre las primas. Puede, asimismo, promover iniciativas que tiendan al perfeccionamiento del seguro en sus diversos aspectos y dar al superintendente opinión sobre cuestiones que se susciten.

3. REASEGUROS

Por último, hemos de citar otra modalidad de policía del seguro ejercida por el Estado, juntamente con la de contralor, que desempeña a través de la Superintendencia de Seguros. Es ésta la del reaseguro.

Ella se vincula a la economía del seguro y a la dirección que ejerce el Estado en el mercado local respecto de la cobertura de los riesgos creados.

Tal cobertura requiere capitales de importancia cuya formación local resulta de singular importancia, en tanto permite que las sumas obtenidas por la actividad reaseguradora en contraprestación de la cobertura de los riesgos

asumidos por las compañías de seguros, no salgan del país y sigan participando de la riqueza nacional.

La política del Estado en esta materia, regulando los límites de absorción de riesgos por el reaseguro argentino y los excedentes asegurables en el extranjero, asume pues una importancia singular.

4. EL INSTITUTO MIXTO Y EL I.N.D.E.R.

En nuestro país, para efectivizar tal política se dictó en 1946 el decreto 15.345, creando el Instituto Mixto Argentino de Reaseguros que en 1952, por virtud de la ley 14.152 se convirtió en Instituto Nacional de Reaseguros (I.N.D.E.R.); tal ley fue reglamentada, a su vez, en 1953 por los decretos 10.073 y 10.407.

Se establece el siguiente régimen:

El Instituto funciona como *Empresa del Estado*, dependiente del Ministerio (o Secretaría de Estado) de Hacienda de la Nación, para la organización del control y distribución del reaseguro argentino.

a) Objetivos

Sus objetivos, enunciados en el artículo 3º, comprenden:

a) operar en reaseguros, a cuyo efecto se establece en su beneficio el monopolio —con ciertas limitaciones establecidas en materia de retrocesiones y excedentes—, con facultad de celebrar convenios con toda clase de instituciones aseguradoras del país y reaseguradoras del país y del exterior, pudiendo hacerlo bajo condición de reciprocidad, si lo juzga conveniente;

b) estudiar las condiciones y capacidad aseguradora de la plaza argentina en sí y en relación al mercado internacional del seguro;

c) dirigir la actividad del seguro en todo lo relativo a la absorción del seguro indirecto y proponer la creación de nuevos ramos de seguros, en los que podrá actuar como asegurador directo; y

d) asesorar al Poder Ejecutivo sobre la materia de su especialidad, debiendo ser oído en todo asunto relativo a la institución del seguro en el país (art. 3º).

En cuanto a las relaciones con las compañías, éstas deben ceder al Instituto el excedente de su propia retención, comunicando las retenciones a la Superintendencia de Seguros (art. 4º).

Las compañías extranjeras (las no constituidas y domiciliadas en el país) deben ceder al Instituto, a comisiones originales de adquisición, no menos del 30% de todos los riesgos generales y personales contratados en el país. Del resto, deberán cederle el porcentaje que determine el Instituto —a comisiones

análogas a las que se establezcan para las cesiones de las compañías argentinas— quedando en libertad de disposición por el excedente (art. 5°).

Los excedentes y cesiones recibidos por el Instituto serán destinados a reaseguros que se ofrecerán con preferencia a las compañías argentinas de seguros, pudiendo colocar los excedentes que resultaren en compañías extranjeras, con facultad de establecer reciprocidad.

Además, en aquellos casos en que el Instituto, por razones de mercado local, imposibilidad o inconveniencia, no quiera hacerse cargo del reaseguro, podrá autorizar a las compañías a reasegurar directamente en el extranjero (art. 6°).

b) Registro

Por el artículo 10 se dispone que el Instituto ha de llevar un “Registro de accionistas de las compañías argentinas de seguros”, con todos los detalles que considere necesarios; para ello, la Superintendencia de Seguros debe remitirle un ejemplar de todas las declaraciones juradas que debe recibir de las compañías.

Para evitar distracciones de fondos para fines ajenos a sus objetivos específicos, se prohíbe al Instituto conceder créditos a la Nación, provincias, municipios o reparticiones autárquicas, sin perjuicio de que pueda invertir su capital y reservas legales en inmuebles, títulos públicos de rentas nacionales, provinciales y municipales y créditos hipotecarios (arts. 11 y 12).

El conjunto de todas estas disposiciones demuestra acabadamente el espíritu de nuestra legislación del seguro, imbuida de un claro sentimiento de protección de los intereses nacionales.

De ahí el control establecido sobre el funcionamiento de las compañías; el régimen de cobertura de reaseguros, que otorga al Instituto una amplia discrecionalidad en materia de excedentes con que deben contribuir las compañías extranjeras de seguros; la preferencia para las compañías argentinas de los reaseguros que ofrezca el Instituto como consecuencia de los excedentes y cesiones recibidas; el Registro de Accionistas llevado, y finalmente, la existencia misma del Instituto, como organismo monopolizador del reaseguro en el país y rector de la actividad del seguro en el establecimiento de entidades nuevas y absorción del seguro indirecto.

La ley 20.091 se ha abstenido de modificar las disposiciones anteriores en materia de reaseguro. La nota que acompaña el proyecto, firmada por Gervasio Colombes, es clara al respecto: “...cabe señalar que del proyecto elaborado se han excluido todas las cuestiones referentes a problemas de política aseguradora, como son las atinentes al tratamiento de las compañías argentinas y extranjeras, protección de los denominados riesgos argentinos y régimen del Instituto Nacional de Reaseguros, que por considerarse materias ajenas a la regulación específica de las entidades aseguradoras y su control, se ha estimado conveniente diferir para una etapa posterior”.

CAPÍTULO XV

TRANSPORTE

El contrato de transporte a través de territorios sometidos a distintas soberanías de leyes y jurisdicciones plantea una nueva problemática a nuestra disciplina.

1. OBJETO

Nos hemos de referir aquí al transporte terrestre de pasajeros y mercaderías, por cuanto tanto el transporte marítimo como el aeronáutico son objeto de otra disciplina, el derecho de la navegación.

2. CARACTERÍSTICAS

Nos encontramos en el caso del transporte con una negociación frecuentemente comenzada bajo el ámbito de una soberanía legislativa pero continuada en otro u otros territorios, sometidos a otra u otras leyes y en los que pueden intervenir distintos tribunales competentes para resolver posibles controversias sometidas a su jurisdicción.

A diferencia de lo que ocurre con las leyes normalmente aplicables a los contratos —autonomía de la voluntad de las partes, ley del lugar de ejecución y del lugar de celebración principalmente—, en el contrato de transporte sí existe un lugar de celebración generalmente determinable, pero en cambio una ejecución del contrato —sea conducción o entrega de la mercadería— está sujeta a contingencias y riesgos que exigen prever alternativas diversas, tanto de leyes aplicables como de tribunales posiblemente competentes para entender en los conflictos que puedan suscitarse entre las partes.

3. LAS PARTES

Interviene por un lado un cargador y/o pasajero y por otro un porteador o transportista teniendo en vista todos ellos el cumplimiento del contrato. Éste

consiste en el transporte del pasajero en tiempo y condiciones de normalidad hasta su destino; o, tratándose de transporte de mercaderías, en su entrega también en condiciones de normalidad y tiempo previstos.

Por lo general, estos contratos se celebran con una empresa transportadora en un lugar determinado que suele ser el de dicha empresa, sea su casa matriz o alguna de sus sucursales o agencias.

4. FORMA DEL CONTRATO Y OBLIGACIONES INMEDIATAS

En esta primera fase del contrato —su celebración— parece adecuado regir su forma como asimismo las obligaciones inmediatas (acceso del pasajero o la mercadería al medio de transporte y pago del pasaje o precio respectivo si no estuviera a cargo del destinatario) por la ley del lugar de dicha celebración.

5. SEGURIDAD Y NO SORPRESA

Este lugar constituye un sitio cierto y determinable, la aplicación de cuya ley no toma de sorpresa a las partes contratantes a cuyas legítimas y razonables expectativas el Derecho Internacional Privado debe también resguardar.

Pero luego la ejecución del contrato de transporte está sujeta a variables o contingencias inciertas. Ellas derivan, por ejemplo, del retardo en el transporte, la pérdida o avería de la mercadería o perjuicios acarreados al pasajero por demoras o accidentes. Todas estas contingencias deben ser motivo de especial consideración por la normativa iusprivatista.

6. REGLAS REGULADORAS

En algunos casos, como expresamos al tratar de la codificación, dicha normativa se expresa en forma de leyes uniformes. Tal el caso de la Convención de Berna de 1890 y sus posteriores modificaciones.

En otros casos, como en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1940 o en algunas normas de nuestra legislación comercial, se recurre a normas indirectas dentro del sistema de la armonía legislativa.

7. CONTRATO DE ADHESIÓN Y RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE

El contrato de transporte presenta la característica de ser un típico contrato de adhesión, en el que la empresa transportadora ha formulado, de antemano, bases normalmente aplicables a todos los contratos individuales.

Los particulares, a su vez, que contraten su propio traslado o el de mercaderías y equipajes se someten pues a dicha normativa y adhieren a la misma.

La empresa asume por lo general una responsabilidad amplia y de carácter objetivo en cuanto a transportar pasajeros, equipajes y mercaderías en perfectas condiciones al lugar y en el tiempo previstos.

Por lo mismo que se trata de una responsabilidad objetiva, es a la compañía transportadora a quien corresponde demostrar su falta de culpa o negligencia en el caso de retardos, pérdidas o averías.

A ella incumbe pues la carga de la prueba en las respectivas hipótesis que se individualicen en caso de controversia.

8. UNIDAD JURÍDICA

En el transporte es necesario simplificar el tratamiento jurídico de la o las relaciones contractuales necesarias que se extienden en el ámbito de territorios sometidos a diversas soberanías legislativas.

De ahí que se someta toda la relación contractual a una sola ley que la regule, ya sea a través de la elección de una norma indirecta o de la adopción de una regla uniforme.

En la búsqueda de una u otra ley debe tenerse presente el *desideratum* del Derecho Internacional Privado: dar certidumbre a la posición jurídica de todos los intervinientes en el contrato ¹.

9. CLÁUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD

En algunos casos los contratos suelen incluir cláusulas de exclusión de responsabilidad que favorecen a la empresa transportadora, en casos de pérdida, avería o retardo y para el supuesto de haberse pactado el pago de tarifas especiales para el transporte, tarifas éstas más reducidas que la ordinaria.

Sin embargo el carácter dominante de la empresa transportadora en el contrato de transporte, que es un contrato normalmente de adhesión, sumado al hecho de que dicha empresa suele actuar con carácter monopólico u oligopólico, ha llevado por ejemplo a nuestro Código de Comercio en sus artículos 162 y 204 a declarar nulas las convenciones eximentes de responsabilidad y que favorezcan al transportador.

10. JURISDICCIÓN

En materia de jurisdicción competente para entender en acciones que resulten del contrato de transporte, el artículo 205 del Código de Comercio establece la del juez del lugar donde resida un representante del porteador y, en

¹ Véase, al respecto, nuestro *Manual...*, *Parte General*, cit., págs. 11 y 23.

el caso de transporte ferroviario, el del lugar en que se encuentre la estación de partida o de arribo.

11. CONTRATO DE FLETAMENTO

En el caso del transporte marítimo, el artículo 1091 del mismo Código regula el contrato de fletamento que deba tener cumplimiento en el país, por la ley argentina, cualquiera que haya sido el lugar de su celebración. Asimismo es la solución adoptada por la *International Law Association* en su 31ª Conferencia de Buenos Aires, a propuesta de la rama argentina.

La respectiva Declaración, que lleva el nombre de “Regla de Buenos Aires”, propició la aplicación de la ley y la jurisdicción del puerto de destino, para regular el contrato de fletamento marítimo.

12. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ARGENTINAS

Vico-Argüello² reseñan las normas del Código de Comercio, originariamente aplicables al transporte interno de mercaderías y extendidas por la jurisprudencia, en virtud de su analogía, al transporte internacional.

a) Las normas

En el artículo 163, se le da al acarreador, que contrata con otra empresa, el doble carácter de acarreador y cargador; el artículo 164, impone a los empresarios de transporte el deber adicional de llevar un registro de los efectos que transportan; el artículo 171 regula las relaciones entre el primitivo acarreador y los acarreadores siguientes; el primero responde por los segundos y éstos quedan a su vez subrogados en los derechos y obligaciones del primero frente al cargador.

Por su parte, la Ley de Ferrocarriles 2873 trata a las empresas combinadas como una sola empresa para todos los efectos del contrato. Esto sin perjuicio de las acciones que pueden corresponder a las respectivas empresas a resultas de las bases o acuerdo de su combinación interempresaria.

b) Los fallos

Hasta el año 1939 la jurisprudencia siguió la antedicha orientación resultante de las disposiciones citadas de nuestro Código de Comercio.

A un contrato de transporte considerado único por tratarse de empresas combinadas se aplicaba una misma ley, en algún caso, ley del lugar de partida

² VICO, Carlos M., *op. cit.*

(caso “Renna”) o en otros la del lugar de ejecución definitiva (caso “Bonola”), en este caso con la disidencia en la Cámara Comercial del doctor González Gowland.

En 1939, la Corte Suprema en el caso “Molinas” modificó esta jurisprudencia.

Y al hacerlo separó los criterios de unidad de contrato y unidad de ley aplicable.

Y así sostuvo el alto tribunal que la declaración: “...de un tribunal argentino de que los ferrocarriles que han realizado el transporte entre dos países constituyen empresas combinadas, sólo puede referirse a la unidad del contrato correspondiente y en manera alguna a la aplicación de las respectivas leyes y reglamentos territoriales de los distintos Estados que atraviesan sus líneas; que un tribunal nacional no puede reconocer la supremacía de las leyes argentinas en el territorio de los demás Estados tratándose de relaciones comerciales entre habitantes del país y extranjeros; que, por otra parte, aunque las empresas combinadas de diversas jurisdicciones hubiesen aceptado someterse a la ley nacional, tal convenio es nulo sin la existencia de un tratado que lo sancione. En el caso considerado, agregó la Corte que la sentencia que aplica nuestra legislación a un ferrocarril paraguayo en materia de evidente competencia local, cual es la velocidad del transporte ferroviario, vulneraba el artículo 3º del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889. En síntesis, como se afirmó en otros fallos, las leyes y reglamentos argentinos referentes al tiempo del transporte en los servicios combinados, sólo rigen respecto al trecho comprendido en el territorio de la República. Vale decir que esta acertada tendencia jurisprudencial que se caracteriza por proclamar que la unidad del contrato no implica la extraterritorialidad de la ley en materias de evidente competencia local, consagra la unidad de contrato y la pluralidad de leyes aplicables. La unidad de ley aplicable sólo podría surgir de convenios internacionales”.

Es decir, se volvió al criterio estrictamente interno de aplicación de las normas del Código de Comercio. La jurisprudencia había extendido por analogía estas normas al ámbito internacional.

Pero la Corte limitó el *imperium* del legislador argentino al ámbito territorial del país, criterio conforme asimismo a lo dispuesto en el artículo 1º del Código Civil.

El resultado de esta jurisprudencia del alto tribunal es separar la unidad del contrato de la unidad de ley aplicable y asociarla en cambio —a la primera, unidad del contrato— a la pluralidad, según corresponda, de diversas leyes aplicables.

13. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889

No contenía normas en materia de transporte internacional.

Como expresan Vico-Argüello, recién en 1890 se habría de firmar la importante Convención de Berna sobre servicios ferroviarios de carga.

Cabía pues, en el marco del Tratado de 1889, aplicar la norma del artículo 3° que sujetaba a los comerciantes y auxiliares al comercio a las leyes del país en que ejercieran su profesión, o bien aplicar por analogía las normas sobre contratos de los artículos 14 y 15, que establecen como principio general en la materia, la ley del lugar de cumplimiento de las respectivas obligaciones contractuales.

14. FUNDAMENTOS DE LA UNIDAD JURÍDICA DEL TRANSPORTE

En su Informe al Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, Luis A. Argaña expresa sobre los fundamentos:

“El contrato de transporte tiene una singular importancia. La historia del comercio se confunde hasta cierto punto con la del desarrollo de las comunicaciones por tierra y por mar. La compraventa y el transporte son los dos contratos máximos del derecho mercantil, pues como con exactitud se ha observado, el cambio y el transporte constituyen dos fuerzas económicas ponderables, base y fundamento de todo el movimiento de la mecánica comercial.

”Tiene un marcado carácter internacional. Los cambios, hoy día, ya no se circunscriben dentro de los límites territoriales de un mismo país, sino que tienen lugar de pueblo en pueblo y de continente a continente, acentuándose cada vez más su carácter universal. Las distintas fronteras territoriales no constituyen ninguna barrera, siendo permanentemente traspasadas por ferrocarriles y vehículos de todo género.

”En razón misma de su frecuencia, facilidad y rapidez, observa Josserand, todas las comunicaciones rechazan la localización y el particularismo, como extraña a su propia esencia, para aspirar a una expansión indefinida e ilimitada.

”Los medios modernos de transporte suscitan frecuentes conflictos de leyes, explicándose así que el Derecho Internacional Privado no puede prescindir del estudio de las relaciones jurídicas de carácter internacional derivadas del transporte.

”Hay más. Las legislaciones relativas al contrato de transporte, por las razones arriba expuestas, tienden a la uniformidad. La Comisión de Derecho Comercial, juzga —y me ha confiado el encargo de expresarlo en esta sesión plenaria— necesaria la elaboración de una ley uniforme en materia de transporte internacional. La Convención de Berna de 1924 constituye un magnífico esfuerzo en el sentido indicado”.

El Proyecto de reformas al Tratado de Derecho Comercial de 1889, consagra la teoría de la unidad jurídica del transporte. Según dicha doctrina, las diversas empresas combinadas deben ser consideradas como una sola empresa para todos los efectos del contrato. “*Una* debe ser la responsabilidad, desde que *una* es la persona responsable y *una* la causa”. Todo el servicio del transporte, desde el recibo de la carga hasta su entrega al destinatario, se considera regulado por un solo contrato, sometido a reglas jurídicas uniformes o ciertas.

La unidad jurídica del transporte significa, según el profesor Vico: “En primer lugar un solo contrato, y en segundo lugar la subordinación de ese contrato a reglas uniformes de Derecho, aunque distintas, desde el momento de su perfeccionamiento jurídico o de su nacimiento como contrato. *A reglas uniformes de Derecho*, cuanto la legislación que establece el cuadro de derechos, deberes y responsabilidades actuales o eventuales emergentes del contrato de transporte, es idéntica en todos los puntos del itinerario de dicho transporte. *O a reglas ciertas de Derecho, aunque distintas*, cuando, desde el momento de la perfección del contrato de transporte el cargador y el porteador saben cuáles han de ser las normas jurídicas aplicables a todas las situaciones que pueden presentarse en el curso del transporte, aunque ellas sean las de las diversas legislaciones sucesivas bajo cuyo imperio ha de realizarse el itinerario de la conducción.

”De ahí que la uniformidad de transporte no implique necesariamente la unidad de legislación, pues a aquella unidad puede corresponder diversidad de leyes aplicables”.

15. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940

En su Título IV “Del transporte terrestre y mixto”, el Tratado de 1940 trata esta materia. ■

a) Artículo 14: leyes aplicables al contrato. Pluralidad

En su artículo 14 regula al contrato de transporte de mercaderías que deba ejecutarse en varios Estados. Y lo hace diferenciando distintos aspectos de dicho contrato:

Así en cuanto a su

- 1) forma;
- 2) efectos;
- 3) naturaleza de las obligaciones de los contratantes (tema éste de calificación de tales obligaciones): aplica la ley del lugar de celebración del contrato.

En cambio para regular:

- 4) el cumplimiento del contrato —de transporte de mercaderías— y

5) la forma de ejecución de las obligaciones relativas a la entrega —de las mercaderías—: aplica la ley del lugar previsto de la entrega: “donde se entrega o debió entregarse la carga al consignatario”.

b) Artículo 15: definición de contrato único: carta de porte única y directa

El artículo 15 define al contrato de transporte único de mercaderías por servicios acumulativos, cuando se celebra mediante la expedición de carta de porte única y directa, aunque el transporte se realice mediante la intervención de empresas de diferentes Estados.

La misma disposición alcanza al transporte mixto, por tierra, agua o aire.

c) Artículo 16: posibles demandados: opción y jurisdicción competente

El artículo 16 señala que la acción fundada en el transporte internacional por servicios acumulativos podrá ser intentada a elección del actor contra el primer porteador con quien el cargador contrató, o

“contra el que recibió en último término los efectos para ser entregados al consignatario.

”Dicha acción se ejercerá, a opción del demandante, ante los jueces del lugar de la partida, o del destino o de cualquiera de los lugares del tránsito en donde haya un representante del porteador demandado.

”Quedan a salvo las acciones de los diferentes porteadores entre sí”.

d) Artículo 17: transporte de personas

“El contrato de transporte de personas por los territorios de varios Estados, celebrados por una sola empresa o por servicios acumulativos, se rige por la ley del Estado del destino del pasajero.

”Serán jueces competentes los de este mismo Estado o los de aquel en el cual se celebró el contrato, a opción del actor”.

Obsérvese que aquí en el transporte de personas, éstas asumen el carácter de sujeto principal de la relación jurídica, siendo su conducción a destino el aspecto fundamental del contrato para determinar la ley aplicable al mismo.

En materia de jurisdicción, como parece lógico, el actor puede optar entre el juez del lugar de celebración y el del destino del pasajero.

e) Artículo 18: transporte de equipaje

“Se rige por las reglas sobre transporte de mercaderías el del equipaje que, habiendo sido registrado en documento especial expedido por el portea-

dor o comisionista, no es llevado consigo por el pasajero en el sitio que le fue asignado para el viaje.

”El equipaje que el pasajero lleva consigo, sin haber sido registrado, se rige por la ley aplicable al transporte de personas”.

Esta distinción se corresponde con la análoga aplicable, por ejemplo, en materia de bienes muebles registrables y bienes que el propietario lleva consigo.

A los primeros se les aplica la ley que regula el transporte de mercaderías.
Y a los últimos, la ley aplicable al transporte de personas.

TERCERA PARTE
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO XVI

PRIVILEGIOS Y PRESCRIPCIÓN

1. CARACTERES

Al tratar la materia de los concursos nos hemos referido a esa universalidad que es el patrimonio del deudor y que constituye la prenda común de los acreedores.

En situaciones de dificultad patrimonial, cuando el estado de insolvencia caracterizado como de impotencia para afrontar el pago de las deudas, aparecen el concurso y eventualmente la quiebra como remedios sustantivos y procesales para resolver la relación jurídica-económica entre el deudor —o fallido— y sus acreedores.

Pero sin llegar al planteo de esta situación más bien extrema de impotencia patrimonial, en el curso normal de los negocios aparece el instituto de los privilegios como creación de la ley que tiene por fin dar un grado de prioridad mayor a unos créditos respecto de otros.

Así, el acreedor hipotecario resulta privilegiado respecto al bien inmueble que constituye la garantía de su crédito.

Otro tanto puede decirse del acreedor prendario en el supuesto de realización del bien mueble que garantiza también su crédito.

Los honorarios del abogado del concursado o del síndico también cuentan con privilegio, y así podríamos enumerar distintas preferencias crediticias otorgadas por la ley.

•

2. EL CÓDIGO CIVIL

Vico-Argüello ¹ citan la disposición del artículo 3876 del Código Civil que consagra el antedicho principio de que “el privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley”. Y agrega en dicha norma el codificador: “El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores”.

¹ VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 237.

Es decir, se trata de una norma de orden público, no derogable por la voluntad de los particulares.

Sin embargo, obsérvese que lo que sí pueden hacer acreedor y deudor —desde luego sin mediar una intención fraudulenta prohibida por la ley— es conferir a su relación crediticia un carácter privilegiado.

Quien se endeuda, por ejemplo, para adquirir una vivienda o un automóvil recurre en muchos casos al crédito hipotecario o prendario, respectivamente. En otros casos libra pagarés o letras de cambio que cuentan, a su vez, con un procedimiento ejecutivo para su cobro.

La autonomía de la voluntad alcanza entonces a la elección del modo de instrumentar la relación crediticia, modo del que puede resultar ya un privilegio, ya un procedimiento acelerado para satisfacer el crédito respectivo.

Ahora bien, los privilegios que recaen sobre bienes inmuebles entran en la categoría de materia de estricto carácter real, conforme lo expresan también, respectivamente, los artículos 26 y 32 de los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940: calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho real de que son susceptibles los bienes.

En consecuencia, a dichos bienes y a los privilegios sobre ellos constituidos se aplica la ley del lugar de su situación.

3. PRESCRIPCIÓN. CONCEPTO

La prescripción es uno de los institutos fundamentales del derecho.

Para los países anglosajones pertenece al ámbito del derecho procesal.

Para los del sistema continental europeo y países como el nuestro constituye un instituto del derecho civil, sustantivo.

Pero cualquiera sea el encuadre legal que realicemos de la prescripción no hay dudas acerca de su naturaleza jurídica.

Se trata de un modo de crear derechos (en el caso de la prescripción adquisitiva) o de extinguir (obligaciones en el supuesto de la prescripción liberatoria).

Ambos tipos de prescripción, sin embargo, apuntan a una misma finalidad, coincidente con la finalidad del Derecho en general y del Derecho Internacional Privado en particular: afianzar la certeza y la estabilidad de las relaciones jurídicas entre particulares; en el caso de la prescripción adquisitiva, mediante la creación de un nuevo título: el de propietario por haber poseído pacíficamente un bien raíz durante determinado tiempo; y en el de la liberatoria, mediante la extinción de una acción: la del acreedor que no ha reclamado, durante un tiempo establecido por la ley, su crédito al deudor.

4. LA OPINIÓN DE SAVIGNY: FUNDAMENTOS

Federico Carlos de Savigny, autor del fundamento jurídico del Derecho Internacional Privado ² decía:

“Cuando perece un derecho de acción porque el titular descuida ejercitarlo en un cierto plazo, esta extinción del derecho se llama prescripción de la acción. Los motivos de diversa apariencia que la han hecho nacer, entran en gran parte unos en otros y son comunes en su mayor número a la usucapión y a la institución que nos ocupa.

”*El motivo más decisivo y general*, igualmente aplicable a la prescripción de las acciones y a la usucapión, consiste en la *necesidad de fijar las relaciones inciertas* de derecho susceptibles de dudas y de controversia, encerrando dicha incertidumbre en un lapso determinado de tiempo.

”Un *segundo motivo* es la *presumida extinción del derecho* que la acción protege; pero este motivo grave y verdadero puede fácilmente ser mal comprendido. El sentido de esta presunción consiste en la inverosimilitud de que el titular del derecho hubiese descuidado tan largo tiempo el ejercitar su acción, si el derecho *mismo no se hubiese extinguido* de un modo cualquiera, por más que no exista la prueba de ello.

”La indeterminación de estas diversas aplicaciones de la prescripción y la incertidumbre en que el demandado mismo puede encontrarse respecto a la duración de la relación de derecho, principalmente, si no es más que heredero del deudor originario, hacen que la prescripción pueda ser invocada en concurrencia con cualquier otro medio de defensa, aun la negación absoluta de la deuda.

”Se da como *tercer motivo*, de la prescripción de las acciones, el *castigo de la negligencia*, motivo que se indica claramente en las fuentes. Sin embargo, no debe tomarse esta expresión en el sentido ordinario de pena, porque la negligencia que no perjudica a otro no es en general punible; y, por otra parte, el ejercicio de la acción se difiere con frecuencia por pura condescendencia hacia el deudor, en lo cual ciertamente no verá nadie una violación de derecho. El castigo de la negligencia debe considerarse, no como un motivo positivo de la prescripción, sino como una contraposición a la censura de dureza y de injusticia que se le dirige. He mencionado ya el motivo positivo que se funda en el interés general; el tiempo que se deja el demandado para ejercitar su acción permite consultar este interés sin comprometer demasiado los derechos particulares. Al titular se le exige que sacrifique al bien público, no ya su derecho, sino su negligencia. Si permanece inactivo, sólo a sí mismo debe imputar la pérdida que experimenta, y este resultado es el que aparece como una pena. Semejante encadenamiento de ideas se encuentra claramente expresado en las

² La “comunidad jurídica de los Estados”, en el T. IV de su obra *Sistema de Derecho Romano Actual*, págs. 174 y sigs.

fuentes con motivo de la usucapición, y es aquí perfectamente aplicable, puesto que en ambos casos las razones son idénticas. ‘L. 1, de usurp. (XVI, 3)’: *cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium*. De igual modo Gayo, II 44. Este segundo motivo estaba íntimamente ligado con el primero. En efecto, la presunción del pago resulta, no del tiempo transcurrido, sino de la inverosimilitud de que un acreedor descuide, durante un lapso tan largo, el hacer valer sus bien fundados derechos. Si la *poena negligentioe* es más bien que motivo positivo de la prescripción de las acciones, una respuesta a una objeción posible, tiene este motivo una gran influencia sobre las aplicaciones particulares de la institución, pues hemos de ver que tratándose de ella se indaga con cuidado si el titular del derecho ha podido en virtud de sus gestiones librarse del perjuicio que le ocasiona la prescripción. Por lo demás, es evidente que el argumento expuesto es principalmente perentorio para las largas prescripciones, por ejemplo, la de treinta años, y que tiene menos fuerza respecto de las acciones pretorianas anuales y respecto de la usucapición anual del antiguo derecho. Existe, además un motivo para la prescripción de las acciones que no es aplicable a la usucapición. El demandante puede intentar su acción cuando le plazca, y por lo tanto, difiriéndola, aumentar las dificultades de la defensa, porque los medios de prueba pueden parecer sin culpa del demandado, como sucede, por ejemplo, si los testigos llegan a morir. La prescripción viene, pues, a restringir este derecho absoluto del demandante y a evitar, hasta cierto punto, su mala fe.

”Se aduce, por último, como motivo de la prescripción de las acciones la disminución de los pleitos, cosa que no debe entenderse literalmente, porque no es de ningún modo apetecible ver abandonar un proceso bien fundado. Pero debe reconocerse que la prescripción impide muchas acciones que habrían de reconocerse como mal fundadas después de grandes disgustos y costas, o que, y esto sería lo más deplorable, dieran ocasión por falta de pruebas a una decisión injusta.

”La prescripción de las acciones es una de las instituciones más importantes y más saludables. En ésta, más que en ninguna otra materia, han conservado su autoridad *los principios del Derecho Romano*, no sólo en los *países del derecho común—common law—* sino también en los que están regidos por los *códigos modernos*. Las modificaciones introducidas consisten, en efecto, principalmente, en la fijación de nuevos plazos para las diversas acciones, lo cual en teoría tiene sólo un interés secundario”.

Como vemos, ya en tiempos de la fundamental obra de Savigny, tanto los países del *common law* (Inglaterra y Estados Unidos) como para los que siguieron las aguas del derecho continental europeo y la codificación, la prescripción liberatoria, siguiendo también los principios del Derecho Romano, no es derogable por la vía de la autonomía de la voluntad.

5. EL CASO DE LAS LETRAS DE CAMBIO DE TENNESSEE

Un famoso caso resuelto por el Tribunal Supremo alemán en 1882 resulta ilustrativo para el encuadramiento de la prescripción —en este caso liberatoria— en el derecho sustantivo o material, por un lado, o en el derecho procesal o adjetivo, por el otro.

Dichas letras de cambio habían sido libradas en Tennessee, Estados Unidos, para cuyo Derecho el instituto de la prescripción es materia de derecho procesal, materia ésta, la procesal, sujeta a la ley del foro.

Para el derecho alemán, lugar —Alemania— donde se ventiló el juicio, la prescripción, en cambio, es materia sustantiva o de fondo.

Pero el tribunal alemán debía aplicar el Derecho de Tennessee a la prescripción de las letras por haber sido éstas emitidas allí.

Siendo la prescripción materia del derecho de fondo para el tribunal alemán, no encontraba sin embargo en el derecho de fondo de Tennessee, norma alguna que regulase tal prescripción, pues ésta se halla regulada en el derecho procesal.

A la vez, el derecho procesal alemán aplicable al caso por ser el derecho del tribunal no contenía tampoco norma alguna aplicable a la prescripción, porque para el derecho alemán la prescripción es materia de derecho sustantivo.

En consecuencia, el tribunal declaró imprescriptibles a las letras, no obstante que tanto para uno como otro Derecho, las letras y las obligaciones en general son esencialmente prescriptibles.

Se produjo en la especie un caso de vacío legal que para la doctrina posterior y más evolucionada quedaría superado por considerar a este caso de las letras de Tennessee un claro supuesto de “falso conflicto”.

6. POSIBLES LEYES APLICABLES A LA MATERIA DE LA PRESCRIPCIÓN

a) Inmuebles: prescripción adquisitiva o usucapión

Hemos dicho ya que en materia de inmuebles prevalece para su regulación, la ley del lugar de situación de dichos bienes.

Dicen Vico-Argüello³ que la usucapión es una prescripción continuada, basada en la posesión, y que ésta es una materia de hecho, por lo cual corresponde juzgarle más incontestablemente todavía que respecto de cualquier otro derecho real, de acuerdo con la *lex rei sitae*. Esta ley es la del lugar, además, donde el hecho de la posesión ha tenido lugar en forma continuada.

Dichos autores mencionan, asimismo, decisiones de la jurisprudencia para casos de concurrencia de posibles leyes aplicables a la prescripción adquisitiva.

³ VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 242.

Así en el caso de anexión de territorios como Tesalia y Alsacia - Lorena, se toma en cuenta para el cómputo del plazo la prescripción anterior siempre que reúna las condiciones requeridas por las dos legislaciones, la del Estado anexante y la del Estado anexado.

b) Muebles

En principio, también se aplica la ley del lugar de situación de la cosa, tratándose de bienes muebles de situación permanente.

Si, en cambio, se tratare de muebles que se transportan entre distintos territorios, habrá que tener en cuenta las distintas leyes concurrentes a la solución del caso.

Si la prescripción ya se hubiese cumplido según la ley del primitivo lugar de situación de la cosa, estaríamos en presencia de un derecho adquirido, salvo que mediasen razones de orden público.

Una de ellas —materia de estricto carácter real— sería, por ejemplo, que el bien en cuestión estuviese fuera del comercio, según la ley del lugar donde fue posteriormente transportado.

Si, en cambio, la prescripción no se ha operado al tiempo de traslado de la cosa, habrá de tenerse en cuenta ambas leyes para determinar el cómputo del plazo pertinente.

En tal caso, parece razonable computar el tiempo transcurrido según la primera de las leyes (antes del cambio de situación) e integrarlo o acumularlo dentro del plazo de prescripción de la ley del lugar de traslado.

Dicha acumulación debe hacerse hasta el transcurso del tiempo necesario a fin de que se complete el plazo de prescripción, según la aplicación combinada de ambas leyes.

7. PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

a) Acciones personales

Conforme el fundamento expresado por Savigny respecto de la prescripción, este fundamento consiste en la necesidad de fijar las relaciones inciertas de Derecho, encerrando dicha incertidumbre en un lapso determinado.

En el sistema continental europeo y en nuestro Derecho, la prescripción es un modo extintivo de la obligación, modo que, por lo tanto, queda sujeto a la ley que rige la obligación respectiva.

En el derecho anglosajón se visualiza más bien la extinción de la acción derivada de una obligación.

Siendo la materia de la acción referida al derecho procesal, es la ley del tribunal a la que se recurre para encontrar el derecho procesal aplicable.

Este último sistema tiene el serio inconveniente de dificultar la aplicación del derecho material extranjero que puede acoger (como lo hacen nuestro país y otros) a la prescripción como parte de dicho derecho material y sustantivo.

Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

TÍTULO XIII
De la prescripción

Art. 51.— La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

TÍTULO XIII
De la prescripción

Art. 51.— La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

b) Acciones reales

Art. 52.— La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado.

Art. 52.— La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien.

Con buen criterio el Tratado de 1940 ha sustituido la expresión lugar de situación del bien gravado, por lugar de situación del bien.

Pues puede tratarse de una prescripción relativa a un bien inmueble que no se halle gravado.

Art. 53.— Si el bien gravado fuese 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.— Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

También aquí, por la misma razón explicada en el artículo anterior, se ha limitado al concepto de bien mueble —y no “bien mueble” gravado— en el Tratado de 1940.

Art. 54.— La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en que están situados.

Art. 54.— La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en donde están situados.

Art. 55.— Si el bien fuese 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. 55.— Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

CUARTA PARTE
DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO XVII

DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

Ésta es una materia de la mayor importancia en el Derecho Internacional Privado.

1. EL ELEMENTO JURISDICCIONAL

Al tratar de su parte general, nos referimos al elemento jurisdiccional ¹. Éste, a su vez, encierra sendas cuestiones de fondo y forma en su concepto y desarrollo.

2. CUESTIONES DE FONDO Y DE FORMA

La cuestión de fondo se refiere a la determinación del órgano jurisdiccional competente en la esfera internacional, ya sea dicho órgano tribunal judicial, arbitral o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias designado en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas.

Al igual que en el caso de la designación de la ley aplicable a las distintas relaciones jurídicas según los elementos que las generan (personal, real, contractual, jurisdiccional y conductista) cuando debe designarse el tribunal internacional competente seguimos, en principio, los mismos criterios derivados de dichos elementos y determinantes de la ley aplicable.

Un ejemplo de ello es el Título XIV del último de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, que en sus artículos 56 a 67 y 56 a 64, respectivamente, se ocupa de la jurisdicción competente para entender en diversas relaciones jurídicas civiles.

La distinción entre cuestiones de fondo y de forma reviste, asimismo, un particular interés en nuestra materia.

¹ Véase al respecto, nuestro *Manual de Derecho Internacional Privado. Parte General*, nro. II.8, pág. 16.

3. EL ESTATUTO MIXTO. PABLO VOET

Habíamos expuesto sobre un aspecto de dicha distinción ² al tratar la creación del estatuto mixto para la forma de los actos. Tal creación se produjo por obra de uno de los autores estatutarios holandeses del siglo XVII: Pablo Voet, quien expresara la idea del estatuto mixto. Decíamos pues:

“Responde tal creación a la escuela holandesa, que la refirió especialmente a la forma de los actos jurídicos. Debe recordarse que, en materia de estatutos, la escuela holandesa siguió la clasificación de D' Argentré considerando a la mayoría de aquéllos como reales, es decir, que el principio dominante seguía siendo la aplicación del derecho territorial. Las excepciones, como hemos visto, vendrían por la vía del fundamento utilitario.

”Pero respecto de cierto tipo de estatutos que se refieren incidentalmente a las cosas y a las personas, sin disponer propiamente de ellas sino de las apariencias de los actos que realizan, es decir su forma, Pablo Voet expresa la idea del estatuto mixto. Mixto, porque reúne en sí cualidades que hacen simultáneamente al estatuto real y personal. Así es que, según el principio tradicional ya desde la escuela italiana, la forma de los actos queda regulada según el principio *locus regit actum* (o, como veremos al tratar específicamente de la forma, *lex loci actus regit instrumentum ejus*, según la fórmula de Calandrelli; la ley del lugar del acto rige el instrumento del mismo).

”Según el principio *locus*, prevalece, para regir la forma de los actos, la ley del lugar de su celebración. Tal aplicación de la ley local (del lugar de celebración), aproxima esta suerte de estatutos a los reales, en que domina el derecho territorial.

”Pero a la vez, los estatutos mixtos se vinculan a los estatutos personales (aquellos que acompañan a la persona y son respetados extraterritorialmente), por cuanto los actos realizados formalmente según las prescripciones de la ley local, conservarán su validez cuando se trate de hacer valer la forma de dichos actos fuera del territorio, donde tal forma sería también respetada.

”Todo ello respondía asimismo al fundamento de la cortesía, válido tanto para los estatutos personales y reales cuando se tratase de su aplicación extraterritorial.

”Pero, en lo que hace a los estatutos mixtos propiamente dichos, su carácter de tales resultaba de que, conservando caracteres del estatuto real (aplicación de la ley local a la forma de los actos) y del personal (validez posterior extraterritorial de tal forma) se referían especialmente a la manera y solemnidades, que deben observarse en los negocios judiciales y extrajudiciales.

”Se diferenciaba así esta concepción del estatuto mixto de la enunciada por la escuela francesa del siglo XVI, que entendía por tal al que tuviese simul-

² En nuestro *Manual de Derecho Internacional Privado. Parte General*, nro. 15.II, pág. 44.

táneamente elementos personales y reales en las relaciones jurídicas a que se refiriese, pero que no comprendía precisamente a la forma de los actos.

”La concepción del estatuto mixto para regir la forma de los actos, sometiéndola a un principio especial y propio (*locus regit actum*), si bien no innova esencialmente la concepción de Bartolo en la escuela italiana, significa sí una sistemática propia para dar certeza a la validez extraterritorial de las formas y solemnidades de los actos jurídicos”.

4. NUESTRO ORDEN CONSTITUCIONAL

Ahora bien, las cuestiones de fondo y de forma abarcan también otro aspecto: así el artículo 75, de nuestra Constitución Nacional vigente incluye, entre las atribuciones del Congreso, la de dictar los Códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social (inc. 12).

Estos códigos o leyes pueden dictarse en cuerpos unificados o separados, sin que ellos alteren las jurisdicciones locales.

Las citadas materias civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y la seguridad social son conocidas como —códigos o materias— de fondo.

No pueden ser dictados sino por el Congreso Nacional, que es el Poder Legislativo federal.

En cambio hay otros códigos y leyes que no son de fondo sino de forma como los procesales, o referidos a materias rurales y de tránsito, entre otras.

En este segundo caso, el elemento jurisdiccional del Derecho Internacional Privado no está ya referido a la designación misma del tribunal competente en la esfera internacional, designación ésta que constituye la cuestión de fondo dentro de tal elemento.

Ahora, en el caso de esta segunda cuestión, que es de forma, de lo que se trata es de establecer el derecho procesal aplicable por el tribunal previamente designado como competente en la controversia y a la cuestión sometida a su jurisdicción.

5. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL TRIBUNAL COMPETENTE.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y *LEX FORI*

Aquí, en materia de jurisdicción competente, como al designar la ley aplicable a la relación jurídica de las obligaciones y contratos, seguimos en primer lugar la autonomía de la voluntad de las partes involucradas.

Así es que cuando ellas han señalado en su contrato un compromiso arbitral que incluya las reglas de procedimiento a que ajustarán su cometido o los árbitros designados, dichas reglas constituirán precisamente el derecho procesal aplicable al caso.

Pero, si en cambio, las partes no han ejercido tal autonomía de su voluntad, el derecho procesal aplicable será el del tribunal (*lex fori*) previamente declarado competente en la esfera internacional.

Ello porque, si bien el tribunal competente debe aplicar el o los derechos más conformes con la naturaleza propia y esencial de la o las relaciones jurídicas en cuestión en un caso iusprivatista y con prescindencia del carácter nacional o extranjero de aquel o aquellos derechos³, dicha aplicación está referida al derecho de fondo o derecho sustantivo extranjero o nacional, según el caso.

No necesariamente así al derecho de forma, adjetivo o procesal que corresponde aplicar al trámite procesal del asunto sometido a su jurisdicción.

a) Fundamento mayor

Como dijimos también al tratar en la Parte General, de la finalidad del Derecho Internacional Privado, esta finalidad consiste en otorgar la mayor certeza y estabilidad posibles a las relaciones iusprivatistas.

Para ello corresponde considerar especialmente las legítimas y razonables expectativas de las personas involucradas en tales relaciones.

No ha de sorprender a dichas personas que se aplique el derecho procesal del foro o *lex fori* para el trámite de la controversia iusprivatista que les concierne.

Ello porque sus legítimas expectativas están relacionadas con el derecho de fondo aplicable (civil, comercial o penal) pero no al procedimiento o forma de su aplicación, que sigue el régimen procesal del juez respectivo.

En cuanto al juez interviniente, le resultaría muy difícil la administración de justicia en un caso con elementos extranjeros si, además de investigar el derecho sustantivo extranjero, eventualmente aplicable, debiera investigar un derecho procesal extranjero seguramente desconocido, cuya aplicación no es necesaria por otra parte, desde el punto de vista del interés de las partes ni afecta tampoco su seguridad.

b) El factor sorpresa

Quienes van a litigar ante un tribunal determinado, ya sea por elección del actor o aceptación del demandado, en su caso, no pueden verse sorprendidos porque dicho tribunal aplique en materia adjetiva o de forma al procedimiento, precisamente el derecho procesal del propio tribunal interviniente. Ello, desde luego, en el caso de que las partes, como ya dijimos, en ejercicio

³ BALESTRA, Ricardo, *op. cit.*, nros. 21.II y 37.

de la autonomía de su voluntad no hayan elegido expresamente las reglas procesales eventualmente aplicables a sus posibles diferendos.

6. NORMAS QUE ESTABLECEN JURISDICCIÓN EN CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

a) El Código Civil

Entre dichas normas, cabe mencionar los artículos 1215 y 1216 del Código Civil relativos al lugar de cumplimiento del contrato o al domicilio del deudor como determinantes de la jurisdicción en casos de contratos que deban tener su cumplimiento en la República y fuera de ella. Disponen así los artículos 1215 y 1216:

1) *Contratos*

“Artículo 1215.— En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado”.

“Artículo 1216.— Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí”.

Por su parte, los artículos 3284 y 3285 atribuyen jurisdicción al juez del último domicilio del causante o al del único heredero en su caso. Disponen así los artículos 3284 y 3285:

2) *Sucesión*

“Artículo 3284.— La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. Ante los jueces de ese lugar deben entablarse:

”1º.— Las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos;

”2º.— Las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición;

”3º.— Las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados;

”4º.— Las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia”.

“Artículo 3285.— Si el difunto no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia”.

b) El Código de Comercio

Otro tanto disponen los artículos 5º, 6º y 7º del Código de Comercio atribuyendo la jurisdicción de los tribunales comerciales a los comerciantes y a los que realicen actos de comercio.

“5º. Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial.

”Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario”.

“6º. Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio”.

“7º. Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contratantes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial”.

Asimismo, las antedichas normas de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo y ubicadas en su Título XIV.

7. CASOS EN QUE NO EXISTEN TRATADOS

Ahora bien, cuando la jurisdicción internacional no deriva de tratado previo o siquiera convenio o acuerdo de las partes, deberá existir norma alguna en los distintos derechos nacionales que habilite la jurisdicción relativa a casos iusprivatistas o con elementos extranjeros.

a) La Constitución Nacional

Así, por ejemplo, nuestra misma Constitución Nacional que en su artículo 116 establece la competencia federal que corresponde a la Corte Suprema y tribunales inferiores de la Nación, en las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y leyes de la Nación, sin perjuicio de la intervención de los tribunales provinciales si las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones.

b) El Código Procesal

A su vez el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ratifica en su artículo 1º el carácter improrrogable de la competencia atribuida a los tribunales nacionales. Ello sin perjuicio de autorizarse la prórroga de jurisdic-

ción por las partes en asuntos exclusivamente patrimoniales o internacionales.

Por su parte, los artículos 5° y 6° tratan de Reglas Generales y Especiales atributivas de competencia para casos determinados. Los mismos disponen:

“5°. Reglas Generales - La competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado.

”Con excepción de los casos de prórroga expresa o tácita, cuando procediere, y sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este Código o en otras leyes, será juez competente:

1) Acciones reales

”1° Cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, el del lugar donde esté situada la cosa litigiosa. Si éstas fuesen varias, o una sola pero situada en diferentes jurisdicciones judiciales, será el del lugar de cualquiera de ellas o de alguna de sus partes, siempre que allí tenga su domicilio el demandado. No concurriendo tal circunstancia, será el del lugar en que esté situada cualquiera de ellas, a elección del actor.

”La misma regla regirá respecto de las acciones posesorias, interdictos, restricción y límites del dominio, medianería, declarativa de la prescripción adquisitiva, mensura y deslinde y división de condominio.

”2° Cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles, el del lugar en que se encuentren o el del domicilio del demandado, a elección del actor. Si la acción versare sobre bienes muebles e inmuebles conjuntamente, el del lugar donde estuvieran situados estos últimos.

2) Acciones personales

”3° Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio 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 en que se encuentre o en el de su última residencia.

”4° En las acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, el del lugar del hecho o del domicilio del demandado, a elección del actor.

”5° En las acciones personales, cuando sean varios los demandados y se trate de obligaciones indivisibles o solidarias, el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del actor.

”6° En las acciones sobre rendición de cuentas, el del lugar donde éstas deban presentarse, y no estando determinado, a elección del actor, el del domicilio de la administración o el del lugar en que se hubiere administrado el principal de los bienes.

”En la demanda por aprobación de cuentas regirá la misma regla, pero si no estuviere especificado el lugar donde éstas deban presentarse, podrá serlo también el del domicilio del acreedor de las cuentas, a elección del actor.

”7° En las acciones fiscales por cobro de impuestos, tasas o multas y salvo disposición en contrario, el del lugar del bien o actividad gravados o sometidos a inspección, inscripción o fiscalización, el del lugar en que deban pagarse o el del domicilio del deudor, a elección del actor. La conexidad no modificará esta regla.

”8° En la acción de divorcio o de nulidad de matrimonio, el del último domicilio conyugal, considerándose tal el que tenían los esposos al tiempo de su separación. Si el marido no tuviera su domicilio en la República, regirá lo dispuesto en el artículo 104 de la ley 2393⁴. No probado dónde estuvo radicado el último domicilio conyugal, se aplicarán las reglas comunes sobre competencia.

”En los procesos por declaración de incapacidad por demencia o sordomudez, y en los derivados de los supuestos previstos en el artículo 152 bis del Código Civil, el del domicilio del presunto incapaz o inhabilitado; en su defecto, el de su residencia. En los de rehabilitación, el que declaró la interdicción.

”9° En los pedidos de segunda copia o de rectificación de errores de escrituras públicas, el del lugar donde se otorgaron o protocolizaron.

”10. En la protocolización de testamentos, el del lugar donde debe iniciarse la sucesión.

”11. En las acciones que derivan de las relaciones societarias, el del lugar del domicilio social inscripto. Si la sociedad no requiere inscripción, el del lugar del domicilio fijado en el contrato; en su defecto o tratándose de sociedad irregular o de hecho, el del lugar de la sede social.

”12. En los procesos voluntarios, el del domicilio de la persona en cuyo interés se promuevan, salvo en el proceso sucesorio o disposición en contrario”.

“6° Reglas Especiales - A falta de otras disposiciones será juez competente:

”1° En los incidentes, tercerías, obligaciones de garantía, citación de evicción, cumplimiento de acuerdos de conciliación o transacción celebrados en juicio, ejecución de sentencia, regulación y ejecución de honorarios y cos-

⁴ Hoy rige el artículo 227 del Código Civil, texto según ley 23.515.

tas devengadas en el proceso, y acciones accesorias en general, el del proceso principal.

”2° En los juicios de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, el del juicio de divorcio o nulidad de matrimonio.

”3° En la exclusión del cónyuge, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos y litisexpensas, el del juicio de divorcio, o de nulidad de matrimonio, mientras durare la tramitación de estos últimos. Si aquéllos se hubiesen iniciado con anterioridad, pasarán a tramitar ante el juzgado donde quedare radicado el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio.

”No existiendo juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio en trámite, y no probado dónde estuvo radicado el último domicilio conyugal, se aplicarán las reglas comunes sobre competencia.

”En las acciones derivadas del artículo 71 bis de la ley 2393, el juez que intervino en el juicio de divorcio anterior, o el del domicilio del demandado.

”Mediando juicio de inhabilitación, el pedido de alimentos contra el inhabilitado deberá promoverse ante el juzgado donde se sustancia aquél.

”4° En las medidas preliminares y precautorias, el que deba conocer en el proceso principal.

”5° En el pedido de beneficio de litigar sin gastos, el que deba conocer en el juicio en que aquél se hará valer.

”6° En el juicio ordinario que se inicie como consecuencia del ejecutivo, el que entendió en éste.

”7° En el pedido de determinación de la responsabilidad establecida en el artículo 208, el que decretó las medidas cautelares; en el supuesto del artículo 196, aquel cuya competencia para intervenir hubiese sido en definitiva fijada”.

Como vemos y sin perjuicio de la adecuación que corresponde hacer por la vigencia de la ley 23.515 que modificó el Código Civil y derogó la ley 2393 de matrimonio civil, en el artículo 5°, inciso 8° y en el artículo 6°, inciso 3°, las antedichas normas guardan analogía con criterios similares adoptados en el título respectivo de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, al tratar de la jurisdicción.

Boggiano ⁵ cita pronunciamientos de nuestra Corte Suprema en el sentido de “que es un principio de derecho internacional que los tribunales de un Estado sólo ejercen jurisdicción directamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, porque fuera de él carecen de poder para hacer cumplir sus decisiones” ⁶.

⁵ BOGGIANO, A., *op. cit.*, T. I, pág. 234.

⁶ *Fallos*, 7:267, “Marciano Molina c/Morton”; 8:58, “Bustos c/Manterola” y 89:388, “Martinelli c/Panelo”.

3) *Cumplimiento extraterritorial*

Ahora bien, cuando se trata del cumplimiento extraterritorial de una sentencia debe recurrirse a la jurisdicción con competencia en el territorio respectivo, solicitando al efecto el cumplimiento de la sentencia respectiva, mediante el trámite del *exequatur*, previsto asimismo en los artículos 517 y siguientes de nuestro Código Procesal.

Esto hace al fundamento de la comunidad jurídica de los Estados propio del Derecho Internacional Privado que las decisiones de los tribunales de unos países sean respetadas y cumplidas en otros Estados.

Ello, desde luego, dándose los requisitos que hacen al debido proceso de ley; que son:

- debidamente citación al demandado;
- sentencia emanada de tribunal competente, y que
- no resulte violatoria del orden público internacional—.

Estos recaudos del debido proceso de ley hacen, asimismo, al derecho a la jurisdicción sin el cual estaríamos ante una situación de privación o denegación de justicia que podría incluso traer aparejada la responsabilidad internacional del Estado involucrado.

Sobre este particular puede verse Boggiano ⁷ y sus referencias al caso “Vlasov” resuelto por nuestra Corte Suprema y que analizáramos también al tratar del matrimonio.

4) *El trato al extranjero*

Vico-Argüello ⁸ tratan cuestiones diversas como el derecho a comparecer en juicio, la carta de pobreza y el arraigo del juicio.

Estas cuestiones se mencionan como casos en que el carácter de nacional o extranjero resulta a su vez determinante de un trato distinto a las personas involucradas en cada caso.

La moderna tendencia va haciendo desaparecer estas diferencias como ya lo hizo a su turno el Código Bustamante de Derecho Internacional Privado (arts. 382, 383 y 386).

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

A su vez, las normas del Capítulo VI del Código Procesal acerca del beneficio de litigar sin gastos (arts. 78 y sigs.) no hacen distinciones entre nacionales y extranjeros.

⁷ BOGGIANO, A., *op. cit.*, págs. 4 y 240.

⁸ VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 300.

5) *Arraigo*

El artículo 348 del mismo Código Procesal contempla como excepción previa la del arraigo de bienes suficientes del demandante que no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en el país y por las responsabilidades inherentes a su demanda.

Se trata, pues, de una norma de trato al “extranjero” (usado este término en sentido amplio) por razones prácticas que trata de evitar en lo posible reclamos temerarios de quienes podrían luego rehuir las responsabilidades del juicio por ellos promovido.

Decíamos que al derecho procesal, el aspecto formal o adjetivo del elemento jurisdiccional se le aplica el derecho del tribunal o *lex fori*.

En efecto, a ninguna de las partes puede tomar por sorpresa que a la materia procesal se aplique la ley del tribunal al que las mismas partes se han sometido para dirimir su controversia.

Vico-Argüello distinguen entre la capacidad de ser parte, la capacidad procesal y la de peticionar en juicio. En términos generales, dichas dos primeras formas de la capacidad —atributo éste inherente a la persona— se rigen por la misma ley personal.

6) *Capacidad de peticionar en juicio*

En cuanto a la capacidad de peticionar en juicio, estará reservada a la norma procesal respectiva del foro la delimitación y modalidades de dicha aptitud de peticionar que no deberá, sin embargo, excluir el derecho a la defensa en juicio ni su necesaria manifestación que es el derecho mismo a la jurisdicción.

En efecto, si se negare el acceso a la justicia en condiciones de normalidad que aseguren el derecho a la defensa, se estaría atentando contra una de las condiciones esenciales del Estado de Derecho que constituye además garantía fundamental de los derechos individuales.

Ello se ve, además, reafirmado en el plano del derecho internacional público, por la protección diplomática que los Estados otorgan a sus nacionales, como una consecuencia precisamente de ese vínculo de derecho público que constituye la nacionalidad y para los casos en que los nacionales de tal Estado son víctimas estando en el extranjero de denegación de justicia o se les niega el acceso a las vías legales pertinentes.

Vico-Argüello mencionan, asimismo, en su *Curso*⁹ algunas materias propias del derecho procesal que ofrecen algún interrogante en cuanto a su tratamiento en el campo internacional.

Así la litispendencia, la cosa juzgada y las cuestiones derivadas de la competencia del o los tribunales intervinientes en el caso iusprivatista.

⁹ Vico, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 300.

7) *Litispendencia*

El Código Bustamante en su artículo 394 dispone que “la litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de la cosa juzgada”.

De tal manera se procura evitar el dispendio jurisdiccional relativo a la marcha simultánea de dos causas entre las mismas partes, por los mismos motivos y el mismo o análogo procedimiento, siendo que por otra parte, si el resultado fuese diferente en ambas causas podríamos estar frente al escándalo jurídico derivado de eventuales sentencias contradictorias. Ello tiene que ver, además, con la materia de la cosa juzgada.

Ésta constituye una condición fundamental de la certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas que hacen, a su vez, a la finalidad misma del Derecho Internacional Privado.

La comunidad jurídica de los Estados hace pues necesario tanto el reconocimiento y aplicación del derecho extranjero procedente, como de las sentencias firmes emanadas de tribunales competentes en la esfera internacional, en tanto, desde luego, dichas sentencias no resulten violatorias del orden público internacional del Estado de su ejecución.

Naturalmente el respeto a la cosa juzgada extranjera lleva implícito que en el trámite de la decisión respectiva se haya observado el debido proceso de ley con la citación de las partes y la oportunidad al demandado de estar a derecho. Asimismo, no debe resultar cuestionada la competencia internacional del tribunal sentenciante.

Éste es, asimismo, el criterio de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 en sus respectivos artículos 5º, como también en el Código Bustamante, artículo 396.

También el Código Bustamante se refiere a los supuestos de cuestiones de competencia, en su artículo 397.

No existiendo tratados internacionales que prevean el modo de dirimir tales cuestiones y tampoco un tribunal superior internacional que pueda hacerlo, el posible conflicto de competencias queda librado a la decisión de los respectivos tribunales cuyo respectivo imperio puede entrar en conflicto con el del otro y así volverse a la situación de posibles sentencias contradictorias.

c) **Código Bustamante**

El antedicho artículo 397 del Código Bustamante prevé que en todos los casos de relaciones jurídicas sometidas a dicho Código podrán promoverse cuestiones de competencia por declinatoria fundada en sus preceptos.

8. PRUEBA: ORDENATORIA Y DECISORIA LITIS

En esta materia retorna el debate ya planteado por los estatutarios holandeses del siglo XVII acerca de a quién corresponde la carga de la prueba y sobre las formas ordenatorias y decisorias (*ordenatoria y decisoria litis*).

Como ya lo analizáramos al tratar la *Parte General*¹⁰, los autores holandeses asignaron a las formas un distinto alcance y valor que hacía de las formas decisorias una condición sustantiva para la validez de los respectivos actos, en tanto que otorgaban a las formas ordenatorias un valor solamente instrumental o probatorio.

Así, para Vico - Argüello¹¹, mientras las formas decisorias en el proceso establecen la apreciación de la relación de Derecho a ser dirimida por el fallo, las formas ordenatorias, en cambio, establecen la manera de proceder ante el juez competente.

Al tratar los aspectos de fondo y forma del elemento jurisdiccional decíamos que el primero, de fondo, es decir, la designación del tribunal competente en la esfera internacional, es resorte del Derecho normalmente aplicable a la relación jurídica en cuestión (*lex causae*), señalábamos también que el aspecto de forma atinente al elemento jurisdiccional, esto es, el derecho procesal aplicable por dicho tribunal, es materia reservada a la ley del propio tribunal (*lex fori*).

Al tratar ahora las formas ordenatorias y decisorias estamos nuevamente ante una cuestión adjetiva y sustantiva respectivamente. La primera sujeta a la ley del tribunal, la segunda a la que regula el fondo de la cuestión.

a) El factor sorpresa

No se sorprende, en el primer caso, a las partes por la aplicación del derecho procesal del tribunal al que han aceptado someter su controversia y así se reconoce la aplicación del derecho sustantivo extranjero que resulte procedente cuando se debe decidir acerca del valor de pruebas o elementos de juicio sustanciales que deba conocer el tribunal.

Vico - Argüello señalan algunos distingos importantes entre formas ordenatorias y decisorias.

b) Prueba de testigos

Por ejemplo, en el caso de la prueba de testigos, la producción de dicha prueba a ser rendida en el supuesto de un exhorto a un tribunal extranjero debe ser regida por la ley del tribunal exhortado.

¹⁰ BALESTRA, Ricardo, *op. cit.*, pág. 41.

¹¹ VICO, Carlos M., *op. cit.*

Ahora bien, el valor probatorio de los testimonios así obtenidos quedará sometido en el supuesto a la ley del tribunal exhortante ante quien tramita el juicio principal y que es quien analizará la admisibilidad y el valor probatorio de dicha prueba (*decisoria litis*) obtenida ante otro tribunal.

c) Citación y emplazamiento

Otro supuesto es la citación y emplazamiento del demandado en el procedimiento de un juicio internacional.

En lo relativo a la entrega y lectura de tal citación interviene el juez exhortado, quien debe aplicar al respecto su propia ley.

d) Entrega de copias

Pero lo que hace a la entrega de las copias asume ya un valor sustantivo o decisivo.

Pues si el juez exhortado, aplicando su derecho (*lex fori*) omite la entrega de las copias de la demanda o citación al demandado, éste se verá privado de una condición necesaria para el debido ejercicio de su derecho de defensa, que tiene por cierto un valor decisivo (*decisoria litis*) para la suerte del proceso y que debe, por lo tanto, quedar sujeta —la cuestión de la entrega o no de las copias— a la ley del juez exhortante.

e) Plazo

Otro tanto puede decirse respecto al plazo para contestar la demanda que, por las mismas razones, debe quedar sujeto a la ley del tribunal exhortante.

f) Caducidad de instancia

En cambio, la perención o caducidad de instancia que afecta la acción respectiva, pero deja intactos los derechos de las partes a plantear una nueva acción, es materia que pertenece a las formas ordenatorias.

No es el caso de la prescripción tanto adquisitiva como liberatoria, que por crear o extinguir derechos respectivamente, son materias de fondo reguladas por el derecho sustantivo aplicable (*decisoria litis*).

g) Instrumentos

En el análisis de los medios probatorios los instrumentos están sujetos, en cuanto a su forma, a la ley del lugar de su otorgamiento (*lex loci celebrationis*). En tal carácter puede ser invocada su validez extraterritorialmente.

Ahora bien, los derechos que se desprenden de los respectivos instrumentos, por caso su fuerza ejecutiva, estarán condicionados en su aplicación práctica o en las condiciones de su ejercicio a la ley del lugar donde se pretende su ejercicio (*lex fori*).

h) Confesión

En el caso de la prueba de confesión, también debe distinguirse su mera forma probatoria, por ejemplo, el pliego de posiciones que es materia ordenatoria, del valor mismo probatorio de la confesión obtenida que es asunto regulado por la ley de fondo, decisoria.

i) Testigos

Igual criterio debe seguirse en materia de prueba testimonial, debiendo distinguirse, como ya hemos dicho, el modo de producción de la prueba de testigos de su valor probatorio.

Una cuestión interesante es la relativa a la posible tacha o impugnación de ciertos testigos.

Si el motivo de la impugnación es una cuestión de interés general en que esté involucrado el orden público del Estado del juez exhortado, será esta ley (ordenatoria) la que decida la cuestión. Tal el supuesto de quien por haber sido condenado en dicho Estado, no pueda ser utilizado como testigo a resultas de un exhorto proveniente de un tribunal extranjero.

Pero, no mediando una razón de orden público territorial como la antedicha, las causas de tacha o impugnación a los testigos constituyen materia decisoria reservada por lo tanto a la ley y al Derecho del tribunal exhortante.

Con respecto a la apreciación de la prueba, conforme al antedicho criterio que divide las formas ordenatorias de las decisorias, estas últimas comprenden el valor probatorio de los hechos, actos o instrumentos como asimismo su admisibilidad en juicio. La apreciación de la prueba, si bien conforme a las reglas de la sana crítica, está sujeta al criterio del juez interviniente, este criterio deberá encuadrarse en el derecho sustantivo aplicable (*lex causae*).

j) Código Bustamante

No obstante ello, el Código Bustamante, por ejemplo, dispone en su artículo 401: "La apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador".

Más bien debió decir que depende del criterio del juzgador, pero dentro del marco del derecho sustantivo (nacional o extranjero según corresponda) aplicable al caso.

k) **Tratados de Montevideo**

Éste es el buen criterio que siguen los respectivos artículos 2° de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, que establecen que las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso. Ambas disposiciones exceptúan aquellas pruebas que por su naturaleza no están autorizadas por la ley del lugar en donde se sigue el juicio.

Ésta es una materia reservada al orden público del lugar del proceso, como por ejemplo, en aquellos casos en que no se admite la confesión como medio de prueba de los actos, desplazando en tal caso dicha prohibición la posible disposición autoritativa de un derecho extranjero. (Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero —CIDIP-I—, Panamá, 1975).

9. SENTENCIAS EXTRANJERAS

a) **Su calidad de Derecho**

De acuerdo al criterio desarrollado al tratar la aplicación del derecho extranjero ¹² a éste se lo reconoce y aplica en dicha calidad precisamente de derecho.

Tal la posición dominante en el derecho argentino y comparado.

Si tal ocurre con las normas generales de Derecho como son las leyes extranjeras, otro tanto similar debe ocurrir con las interpretaciones individuales de dichas normas, por la autoridad jurisdiccional con imperio para formular dicha interpretación en casos concretos como son los tribunales extranjeros.

En este sentido y como explican Vico-Argüello, se ha atravesado por distintas etapas en la evolución del derecho procesal internacional desde la época de la hostilidad recíproca que significaba la negación de las sentencias extranjeras.

A ella continuó el sistema de la reciprocidad nacido con la escuela holandesa del siglo XVII y su teoría de la *comitas gentium ob reciprocam utilitatem*.

Una variante posterior es la del régimen de los tratados que prevén las modalidades en que se reconocerán y en su caso se ejecutarán las sentencias extranjeras.

Agregan acertadamente los autores citados, que el verdadero fundamento científico es la comunidad jurídica de los Estados que supone un grado de civilización común entre ellos y permite la aplicación tanto del derecho como de las decisiones de tribunales extranjeros competentes para resolver casos

¹² BALESTRA, Ricardo, *op. cit.*, nro. 38, pág. 113.

particulares cuyo reconocimiento o ejecución deba solicitarse en el extranjero.

b) Ejecución amplia

El principio de la amplia ejecución de las sentencias extranjeras, guardando para ello las formas del debido proceso de ley, ha sido aceptado en las leyes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, México, Honduras, Perú, Uruguay y Venezuela.

Es, asimismo, el sistema seguido en los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 en sus respectivos artículos 5º de los Títulos III.

c) Imperio

Como un rasgo característico de la jurisdicción competente territorial, ésta cuenta con imperio suficiente y necesario para ejecutar sus decisiones en el territorio respectivo sometido a dicha jurisdicción. Distinto es el caso de un tribunal extranjero que no cuenta con imperio extraterritorial, es decir, fuera del territorio sometido a su propia jurisdicción.

En consecuencia, las sentencias ordenadas por un tribunal extranjero necesitan de un otro procedimiento habilitante, también de índole judicial, en el ámbito territorial donde se solicita su ejecución.

Dicho procedimiento judicial es conocido con el nombre de *exequatur*.

d) Exequatur

Argüello lo define ¹³ como el acto que, recayendo sobre la propia sentencia extranjera, inviste a ésta tal como ha sido dictada, de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales, sin necesidad de entrar a la revisión del juicio.

e) Fundamento

El fundamento de la necesaria cooperación internacional que importa el reconocimiento y seguridad de las sentencias extranjeras está dado por la finalidad misma del Derecho Internacional Privado: afirmar la certeza y estabilidad en las relaciones iusprivatistas.

En tal sentido, el desconocimiento de sentencias extranjeras firmes vendría en cambio a afectar seriamente dichas certeza y estabilidad con el agra-

¹³ En VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 320.

vante de violentar seriamente los derechos adquiridos al amparo de decisiones judiciales firmes. Hasta podría darse el caso del escándalo jurídico; dos (o más) sentencias que resolvieran en sentido contrario y ciertamente anárquico un conflicto entre las mismas partes y relativo a un mismo objeto.

Las necesidades, pues, tanto de la justicia como de la seguridad, tornan necesario el reconocimiento como la oportuna ejecución de las sentencias extranjeras, dentro de las formas del debido proceso de ley.

f) Efectos: fuerza probatoria, cosa juzgada formal, fuerza ejecutiva

Argüello distingue, entre los efectos de la sentencia extranjera, sus fuerzas probatoria, de cosa juzgada y ejecutiva. La primera —fuerza probatoria— permite su reconocimiento como acto público auténtico, cumplidos los requisitos de forma extrínseca pertinentes.

Su fuerza de cosa juzgada formal deriva de la condición misma de sentencia, que lo es tal en la medida que no cabe contra ella recurso jurisdiccional alguno.

Se diferencia esta sentencia en que hace cosa juzgada formal de la que cuenta con el posterior *exequatur*, pues ésta ya hace cosa juzgada material y resulta plenamente ejecutable en territorio extranjero.

Por último, la fuerza ejecutiva de la sentencia deriva de tal carácter de cosa juzgada material.

g) Código Bustamante

El Código Bustamante distingue precisamente en su artículo 431 los distintos alcances del reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras; dispone que “las sentencias firmes dictadas por un Estado contratante, que por sus pronunciamientos no sean ejecutables, producirán en los demás, efectos de cosa juzgada si reúnen las condiciones que a ese fin determina este Código, salvo las relativas a su ejecución”.

Así, por ejemplo, las sentencias declarativas o constitutivas de estado siempre que en estas últimas haya mediado intervención fiscal.

h) Tratado de Montevideo de 1940

Por su parte el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 dispone en su artículo 9°:

“Artículo 9°.— Cuando sólo se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada de una sentencia o de un fallo, deberá ser presentado en juicio, con la documentación a que se refiere el artículo 6°, en el momento que corresponda según la ley local; y los jueces o tribunales se pronunciarán

sobre su mérito en la sentencia que dicten, previa comprobación, con audiencia del Ministerio Público, de que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5°”.

1) *Actos de jurisdicción voluntaria*

En el mismo sentido y refiriéndose a los actos de jurisdicción voluntaria, dispone el artículo 10 del Tratado del '40:

“Art 10.— Los actos procesales no contenciosos, como inventario, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás el mismo valor que si hubieran sido realizados en su propio territorio, siempre que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores”.

2) *Requisitos*

Los que deben revestir las sentencias y laudos arbitrales dictados en el extranjero se refieren básicamente al cumplimiento del debido proceso de ley que asegure plenamente el derecho a la defensa en juicio de la parte demandada a su respectivo cumplimiento.

Dichos requisitos son:

a) *Tribunal competente*

Haber sido dictados —la sentencia o laudo— por tribunal competente en la esfera internacional.

Según Argüello¹⁴ tal competencia debe resultar tanto de la norma de Derecho Internacional Privado que habilita la competencia del tribunal extranjero que dictó la sentencia, como de la norma iusprivatista del tribunal requerido para proceder a su ejecución, previo dictado del *exequatur* respectivo.

Recordemos lo dicho al respecto al tratar el elemento jurisdiccional; hay en el mismo un aspecto de fondo o sustantivo que es la designación del tribunal competente en la esfera internacional. Tal designación es resorte precisamente del derecho sustantivo que rige la relación jurídica respectiva (personal, real, contractual o conductista).

Ahora bien, en razón de distintos criterios propios de diversas normas de Derecho Internacional Privado intervinientes en un mismo caso, tales normas pueden designar también distintos tribunales que se consideren competentes. Se podrán plantear entonces —o no— cuestiones de competencia por declinatoria o inhibitoria. Pero, al mismo tiempo, no existiendo un tribunal superior en el ámbito internacional a su vez competente para resolver el caso, la so-

¹⁴ En VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 316.

lución del mismo quedará desplazada al trámite favorable de la cuestión de competencia del que resulte la competencia de uno u otro tribunal.

Y, en caso negativo, a la jurisdicción concurrente de ambos.

b) Imperio territorial

Claro está que, si de tal actividad jurisdiccional concurrente resultaran sentencias encontradas, la viabilidad ejecutoria de cada una de ellas estará circunscripta al ámbito territorial donde ejerce su respectivo imperio cada uno de los tribunales intervinientes, siempre y cuando en dicho ámbito el demandado tenga allí bienes susceptibles de ser ejecutados por el actor. Desde luego este procedimiento no es el que más se adecua al fundamento de la comunidad jurídica de los Estados.

Pero debido al hecho de no existir aún en el Derecho Internacional Privado una jurisdicción superior a la de los Estados en particular, son los tribunales de éstos los que deberán resolver en definitiva la o las cuestiones sometidas a sus respectivas jurisdicciones.

Ahora bien, si de lo que se trata es de la ejecución de un laudo arbitral extranjero, es menos probable el surgimiento de una cuestión de competencia como la descripta antes.

Sin embargo, podrá siempre cuestionarse ante la jurisdicción del tribunal requerido para la ejecución del laudo arbitral extranjero, la validez de la competencia del o los árbitros intervinientes de conformidad al compromiso arbitral y a las normas convencionales regulatorias de la actuación de tales árbitros.

c) Carácter de cosa juzgada

La sentencia o laudo cuya ejecución se solicita debe revestir el carácter de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido.

Este recaudo hace de un modo muy particular a la seguridad jurídica, pues de pretenderse la ejecución de una sentencia no firme se violentaría esencialmente el derecho de defensa.

Ahora bien, respecto de la calificación de la sentencia en sí misma como tal, es decir como sentencia, nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 517, inc. 3º) establece que la misma debe reunir “los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiese sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional”.

Es decir, que conforme a este criterio de nuestra ley procesal (nacional) es la ley del proceso principal la que califica a la sentencia como tal (*decisoria litis* según la *lex causae*) y la *lex fori* (argentina) la que determina los requisitos de autenticidad (*ordenatoria litis*) que debe revestir para ser ejecutoriada en nuestro territorio.

d) Citación de las partes

Es requisito que la parte demandada haya sido legalmente citada y garantizada su defensa, lo que no excluye un proceso seguido en rebeldía, caso de haberse cumplido con el citatorio en forma adecuada al derecho de defensa. Es lo que resulta de los artículos 517, inciso 2º del Código Procesal y 5º, inciso b) de ambos Tratados (de 1889 y 1940) de Derecho Procesal Internacional de Montevideo.

e) Orden público

Finalmente, y del mismo modo que ocurre con el límite del orden público internacional u orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado, la sentencia extranjera para ser ejecutable —a través del *exequatur*— en el territorio de otro Estado, no debe violar el orden público internacional de dicho Estado.

Tal es condición de la eficacia tanto de la ley extranjera como de la sentencia respectiva que es su expresión concreta en un caso contencioso individual.

Así la disposición de ambos artículos 5º, incisos d) de los Tratados de Montevideo y del artículo 517, inciso 4º de nuestro Código Procesal. Este último se refiere al “orden público argentino”. Debe entenderse al respecto el orden público internacional argentino que constituye un límite ciertamente excepcional a la aplicación del derecho extranjero. No nuestro orden público interno que limita la autonomía de la voluntad en las relaciones de derecho interno del Estado. Ello de acuerdo a los mismos principios ya desarrollados al tratar de la aplicación del derecho extranjero ¹⁵.

i) Sentencia anterior

Nuestro Código Procesal prevé en su artículo 517, inciso 5º, un supuesto de inejecutabilidad de la sentencia extranjera no expresamente previsto en los Tratados de Montevideo:

“Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino”.

Aquí se prevé el caso que mencionáramos más arriba de la posible jurisdicción concurrente de dos o más tribunales por la carencia de un tribunal superior que pueda dirimir posibles conflictos de competencia. Ambos, a su turno, podrán decidir la aplicación o no en su territorio de una sentencia extranjera pronunciada o a pronunciarse, que resulte incompatible con otra dictada o a dictarse por un tribunal argentino. Se evita así la duplicidad de eje-

¹⁵ BALESTRA, Ricardo, *op. cit.*, nro. 38, pág. 113.

cuciones de sentencias antagónicas en nuestro territorio. Lo que en cambio no puede evitarse es que un tribunal extranjero actúe en el sentido inverso respecto de bienes de las partes situados en el extranjero, prescindiendo de lo dispuesto por la sentencia dictada en la Argentina.

No mediando, pues, traslados entre los países involucrados, resulta inevitable este fraccionamiento jurisdiccional que no permite resolver las posibles cuestiones de competencia ni tampoco las eventuales sentencias contradictorias a dictarse en idénticas controversias.

j) Procedimiento

1) Código Procesal

a) Procedimiento

En nuestro Código Procesal, artículo 518.

Para la ejecución práctica de la sentencia dictada en el extranjero debe solicitársela ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando:

1) Su testimonio legalizado y si fuera en idioma extranjero, debidamente traducido.

2) Asimismo, deberán estar traducidas y legalizadas las actuaciones que acrediten que la sentencia ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos —antes mencionados— si ello no resultare de la sentencia misma.

El trámite procesal para la ejecución de la sentencia extranjera, una vez cumplidos los requisitos antedichos, es el de los incidentes.

b) Eficacia de la sentencia extranjera en nuestro Código Procesal

Dispone el artículo 519:

“519. Eficacia de sentencia extranjera.— Cuando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos del artículo 517”.

Esta disposición se refiere al reconocimiento de la sentencia extranjera, que asigna a la misma un valor esencialmente declarativo o constitutivo en su caso. Dicho carácter —en cuestiones de Estado, por ejemplo— podrá permitir utilizar a dicho reconocimiento declarativo de la sentencia como excepción procesal a una acción dirigida en sentido contrario. Tal el caso de que se cuestionase la calidad de hijo de quien tiene el título de tal conforme a una sentencia extranjera dictada dentro del marco del debido proceso de ley que prevé el artículo 517.

El artículo 8° del Tratado de 1940 dispone al respecto:

“Artículo 8°.— El juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera, podrá, sin más trámite y a petición de parte y aún de oficio, to-

mar todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la ley del tribunal local, sobre secuestros, inhibiciones, embargo u otras medidas preventivas”.

2) *Tratados de Montevideo*

a) *Documentos necesarios*

Tratado de 1889

“Artículo 6°.— Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales, son los siguientes:

”a) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral;

”b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas;

”c) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho autor se funda”.

Tratado de 1940

“Artículo 6°.— Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias o de los fallos arbitrales, son los siguientes:

”a) Copia íntegra de la sentencia o del fallo arbitral;

”b) Copias de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento al inciso c) del artículo anterior;

”c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho autor se funda”.

b) *Carácter ejecutivo y ejecución*

Tratado de 1889

“Artículo 7°.— El carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias o fallos arbitrales, y el juicio a que su cumplimiento dé lugar, serán los que determine la ley de procedimientos del Estado en donde se pide la ejecución”.

Tratado de 1940

“Artículo 7°.— La ejecución de las sentencias y de los fallos arbitrales, así como la de las sentencias de tribunales internacionales, contempladas en el último inciso del artículo 5°, deberá pedirse a los jueces o tribunales competentes, los cuales, con audiencia del Ministerio Público y previa comprobación que aquéllos se ajustan a lo dispuesto en dicho artículo, ordenarán su cumplimiento por la vía que corresponda, de acuerdo con lo que a ese respecto disponga la ley de procedimiento local.

”En todo caso, mediando pedido formulado por el Ministerio Público y aun de oficio, podrá oírse, sin otra forma de defensa, a la parte contra la cual se pretende hacer efectiva la sentencia o el fallo arbitral de que se trata”.

c) Actos de jurisdicción voluntaria o procesales no contenciosos

Tratado de 1889

“Artículo 8º.— Los actos de jurisdicción voluntaria, como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen realizado en su propio territorio con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores”.

Tratado de 1940

“Artículo 10.— Los actos procesales no contenciosos, como inventario, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás el mismo valor que si hubieran sido realizados en su propio territorio, siempre que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores”.

d) Exhortos y cartas rogatorias. Tratados de Montevideo

Tratado de 1889

“Artículo 9º.— Los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer modificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos exhortos o cartas rogatorias reúnan las condiciones establecidas en este Tratado”.

Tratado de 1940

“Artículo 11.— Los exhortos y las cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquier otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos exhortos y cartas rogatorias reúnan los requisitos establecidos en este Tratado. Así mismo, deberán ser redactados en la lengua del Estado que libre el exhorto, y serán acompañados de una traducción hecha en la lengua del Estado, al cual se libra dicho exhorto, debidamente certificada.

Las comisiones rogatorias en materia civil o criminal, cursadas por intermedio de los agentes diplomáticos, y a falta de éstos por conducto de los consulares del país que libre el exhorto, no necesitarán legalización de firmas”.

Como vemos, el artículo 11 del Tratado de 1940 viene a ampliar lo dispuesto en el artículo 9º del Tratado de 1889 en materia de idioma y traducción necesaria. Se exceptúan, además, de la necesidad de legalización, los exhortos y cartas rogatorias tramitadas por medio de agentes diplomáticos o consulares.

e) *Diligenciamiento de exhortos y cartas rogatorias*

“Artículo 11.— Los exhortos y cartas rogatorias se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en donde se pida la ejecución”.

“Artículo 13, 1er. párrafo.— Los exhortos y las cartas rogatorias serán diligenciadas con arreglo a las leyes del país al cual se pide la ejecución”.

El modo, pues, de diligenciamiento, forma de cooperación judicial, que requiere el exhorto, es una forma ordenatoria (*ordenatoria litis*) y está sujeta como tal a la *lex fori*.

3) *Convención de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil*

Diversos países, entre ellos la Argentina, por ley 23.502 ratificaron esta Convención que contiene disposiciones análogas sobre la materia previendo la intervención consular en los respectivos países para la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales.

4) *Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (CIDIP-I, Panamá, 1975)*

La misma regula en sus artículos 1° al 18 las modalidades de su aplicación para: a) actos de mero trámite y b) recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero. No así a los actos de ejecución colectiva, no alcanzados por la Convención. Esta ha sido ratificada por Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En el marco de la misma CIDIP-I de 1975, los países citados ratificaron la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

k) Embargo: formas ordenatorias y decisorias. Procedencia

Tratado de 1940

“Artículo 13, 2do. párrafo.— Si se tratara de embargos, la procedencia de la medida se regirá y determinará por las leyes y los jueces del lugar del proceso”.

La procedencia o improcedencia del embargo es una cuestión de fondo o sustantiva, sujeta, por lo tanto, a la *lex causae* que rige dicha materia, donde tramita el proceso principal y que constituye, asimismo, una forma decisoria (*decisoria litis*), pues resuelve sobre la validez del acto.

a) *Traba del embargo*

“Artículo 13.— La traba de embargo, su forma y la inembargabilidad de los bienes denunciados a ese efecto, se regirán por las leyes, y se ordenarán por los jueces del lugar en donde dichos bienes estuvieran situados”.

Como vemos la traba del embargo y la forma de hacerse son, para el Tratado de Montevideo, cuestiones de carácter real sujetas, por lo tanto, a la *lex rei sitae*.

En cuanto a la embargabilidad o no de los bienes —por estar o no dentro del comercio o gozar el deudor en ciertos casos del beneficio de su inembargabilidad— es materia también de orden público territorial sujeta, por lo tanto, a la ley del lugar de situación de dichos bienes.

b) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II), Montevideo 1979

La misma también distingue entre *ordenatoria* y *decisoria litis*. Así aplica a la procedencia de la medida la ley del lugar del proceso.

En cambio la ejecución de la medida cautelar, y medidas como la contracautela y garantía están sujetas a los jueces del lugar en que se solicita el cumplimiento de tales medidas. Esta Convención ha sido ratificada por Argentina, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.

Siguiendo ahora otra vez con los Tratados de Montevideo:

c) Ejecución de la sentencia de embargo

“Artículo 13, 4to. párrafo.— Para ejecutar la sentencia dictada en el juicio en que se haya ordenado la traba del embargo sobre bienes ubicados en otro territorio, se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 7º y 8º de este Tratado”.

Disponen dichos artículos 7º y 8º del Tratado de 1940:

“Artículo 7º.— La ejecución de las sentencias y de los fallos arbitrales, así como la de las sentencias de tribunales internacionales, contempladas en el último inciso del artículo 5º, deberá pedirse a los jueces o tribunales competentes, los cuales, con audiencia del Ministerio Público, y previa comprobación que aquéllos se ajustan a lo dispuesto en dicho artículo, ordenarán su cumplimiento por la vía que corresponda, de acuerdo con lo que a ese respecto disponga la ley de procedimiento local.

”En todo caso, mediando pedido formulado por el Ministerio Público, y aun de oficio, podrá oírse, sin otra forma de defensa, a la parte contra la cual se pretende hacer efectiva la sentencia o el fallo arbitral de que se trata”.

“Artículo 8º.— El juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera, podrá, sin más trámite y a petición de parte y aún de oficio, tomar todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la ley del tribunal local, sobre secuestros, inhibiciones, embargo u otras medidas preventivas”.

d) Deducción de tercería

“Artículo 14.— Trabado el embargo, la persona afectada por esta medida, podrá deducir, ante el juez ante quien se libró el exhorto, la tercería pertinente, con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen. Noticiado éste de la interposición de la tercería, suspenderá el trámite del juicio principal por un término no mayor de sesenta días con el objeto de que el tercerista haga valer sus derechos. La tercería se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes. El tercerista que comparezca después de fenecido ese término, tomará la causa en el estado en que se encuentre. Si la tercería interpuesta fuese de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo con las leyes del país del lugar de la situación de dicho bien”.

Como vemos, en la tercería se aplica la ley aplicable e interviene el tribunal competente para regular el fondo de la cuestión (*decisoria litis*).

Ahora bien, cuando se afectan materias “de estricto carácter real”, conforme a la definición del artículo 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional (tercería de dominio o derechos reales) la legislación aplicable y jurisdicción competente son las del o los respectivos lugares de situación de los bienes.

e) Designación de apoderados

Tratado de 1889

“Artículo 12.— Los interesados en la ejecución de los exhortos y cartas rogatorias, podrán constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que estos apoderados y las diligencias ocasionen”.

Tratado de 1940

“Artículo 15.— Los interesados en la ejecución de los exhortos y de las cartas rogatorias, podrán constituir apoderado, siendo de su cuenta los gastos que el ejercicio del poder y las diligencias ocasionaren”.

Disposición lógica para el desarrollo de actividades judiciales en otro territorio y a fin de colaborar con el auxilio jurisdiccional respectivo.

f) Convenciones Interamericanas (CIDIP-I, Panamá, 1975), ratificadas por la Argentina

A) Sobre Exhortos y Cartas Rogatorias en materia civil y comercial (ratificada por nuestro país el 17-VII-1987).

Como disposición novedosa incluye la facultad que otorga a las propias partes interesadas de transmitir directamente exhortos al órgano.

B) Sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero en materia civil y comercial (ratificada por nuestro país el 25-III-1987).

Autoriza los exhortos y rogatorios con dicha finalidad de recibir pruebas siempre y cuando:

1) no existan disposiciones expresamente prohibitivas al respecto en la legislación del Estado requerido, y

2) el interesado ponga a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios necesarios para el respectivo diligenciamiento.

Tal diligenciamiento deberá hacerse conforme a las normas procesales del Estado requerido (*ordenatoria litis*).

C) Sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero (ratificada por nuestro país el 1°-VII-1983) y su Protocolo Adicional (ratificado éste por nuestro país el 17-VII-1987).

Introduce para la forma de los poderes citados la posibilidad de optar entre la ley del lugar de su otorgamiento y la del lugar donde ha de ejecutarse el respectivo poder (art. 2°).

A su vez los requisitos de publicidad del poder quedan sujetos a la ley del Estado en que éste se ejerce (siguiendo el criterio al respecto del Tratado de Montevideo de 1940 en materia de actos jurídicos), lo mismo que los efectos y ejercicios del poder (arts. 4° y 5°).

Prevé el caso de la posible inexistencia de funcionario certificante o fedatario del poder acerca del contenido del poder, autorizando la declaración jurada por parte del otorgante de decir verdad acerca de su identidad. Su firma deberá ser autenticada.

El Protocolo Adicional, a su vez, incluye sendos formularios tipo sobre exhorto o carta rogatoria; información esencial para el notificado y certificado de tramitación o entrega.

D) Convención de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil o comercial (ratificada por nuestra ley 23.480).

Establecer en la materia la cooperación judicial entre sus Estados miembros a través de exhortos o cartas rogatorias (art. 1°).

Al respecto cada Estado contratante designará una autoridad central encargada de recibir los exhortos (art. 2°).

Éstos podrían incluir:

Las posibles preguntas a formularse a las personas que deban declarar;

Los documentos u objetos a ser examinados;

El pedido eventual de que la declaración no sea hecha bajo forma solemne.

Pero no podrá exigirse ninguna legislación análoga (art. 3°).

Asimismo se da carácter de urgente a la ejecución de los exhortos (art. 9°).

Se hace una salvedad expresa a dicha ejecución cuando la persona objeto del exhorto invocara una dispensa o una prohibición de declarar establecida por la legislación del Estado requerido; o en la legislación del Estado requiriente y especificadas la dispensa o prohibición en el exhorto (art. 11).

Es significativamente interesante la disposición del artículo 12, que sólo autoriza la denegatoria a la ejecución de un exhorto si la misma no está comprendida en las atribuciones del Poder Judicial; o si el Estado requerido considerase afectada su soberanía o seguridad.

En cambio no son causales para devengar la ejecución de un exhorto judicial las eventuales cuestiones de competencia entre los Estados involucrados, o que el Estado requerido no reconozca derecho de acción para responder al objeto del exhorto (art. 12).

También autoriza la Convención en su Capítulo II la obtención de pruebas por funcionarios diplomáticos o consulares respecto de los nacionales del Estado que representan.

Asimismo puede hacerse la obtención de pruebas a través de un delegado específico señalado por el Estado requirente, siempre y cuando respete las condiciones establecidas en la autorización por el órgano competente (art. 17).

Inclusive, tal delegado podrá solicitar del órgano o autoridad competente antedicha a fin de obtener la asistencia necesaria para actuar por vía de apremio (art. 18).

Tanto los funcionarios diplomáticos o consulares como los delegados podrán hacerse asistir por sus abogados (art. 20) mencionándose la indicación respectiva en la notificación del exhorto (art. 21, inc. c)).

Asimismo las formas del procedimiento podrían ser las del tribunal ante el cual se establece el proceso (*decisoria litis*) siempre y cuando no estuviesen prohibidas por la ley del lugar de ejecución.

Esta disposición demuestra el carácter flexible de la o las posibles leyes aplicables a la forma y lo no imperativo de la regla *locus regis actum*.

CAPÍTULO XVIII

ARBITRAJE

1. CONCEPTO

Un posible medio de solución de controversias no resueltas por los tribunales nacionales es el arbitraje internacional.

Éste es concebido como un medio de solución de disputas nacionales y/o internacionales.

Así considerado, el arbitraje es más un procedimiento que una solución sustancial.

Sin embargo, existe una necesidad de determinar tanto el derecho procesal que regula el procedimiento del arbitraje en sí mismo, como el derecho sustancial finalmente aplicable a la controversia.

El compromiso arbitral puede comprender también reglas sustantivas para la solución de la controversia. El principio de *libertad de las convenciones* para la elección del derecho aplicable (autonomía de la voluntad) permite a las partes esta elección con la *limitación del orden público* del o de los Estados donde el laudo o decisión final habrá de ser ejecutado.

2. ARTHUR VON MEHREN: SU RECIENTE TRABAJO

Respecto al objeto del arbitraje, el profesor A. von Mehren lo analiza en su reciente trabajo *Arbitraje Comercial y Conflictos de Leyes*. En su opinión, la elección del derecho por las partes no tiene otra limitación que la del orden público del lugar de ejecución del laudo.

Una cuestión interesante deriva de la posible falta de indicación por las partes y al árbitro, acerca del derecho aplicable sustancial.

El criterio adecuado a seguir en este caso parece ser conferir al árbitro la facultad necesaria para elegir el derecho sustantivo.

Pero ello siguiendo, en una primera etapa, la regla de Derecho (principios generales) que el árbitro considere apropiada al caso sometido a arbitraje. En el mismo sentido se pronunciaron el artículo 1496 del nuevo Código de

Procedimiento Civil francés de 1981 y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL (1976), artículo 15.

Eventualmente puede darse una objeción o cuestionamiento a la validez del compromiso arbitral.

Von Mehren menciona la solución dada por el artículo 178, parágrafo segundo de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, que prevé para los arbitrajes con asiento en Suiza que el compromiso será válido si es conforme a:

- a) el Derecho elegido por las partes;
- b) la ley que rige la controversia y en particular el contrato principal; o
- c) el derecho suizo.

En un sentido similar, el artículo 4º de la "Resolución sobre Arbitraje entre Estados, Empresas Estatales o Entidades del Estado y Empresas Extranjeras" adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Santiago de Compostela en 1989.

En el final de este artículo 4º se establece que, al hacer su elección, el tribunal deberá guiarse en cada caso por el principio *in favorem validitatis*. El mismo principio se halla establecido en el artículo 14, inciso 4º del Código Civil argentino que dispone: "Las leyes extranjeras no serán aplicables...4º Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos".

3. EL CASO FIBRACA

Un reciente fallo de nuestra Corte Suprema, causa "Recurso de hecho, Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande" de fecha 7-VII-1993, extiende la inmunidad de jurisdicción a este tipo de entidad binacional, basándose en el artículo 4º del Acuerdo de Sede (aprobado por ley 21.756) que le acuerda tal inmunidad y al carácter de tratado que tal acuerdo reviste en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 1º, inc. a] y 27).

Se modifica así una anterior jurisprudencia de la misma Corte (*Fallos*, 305:2150) que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 4º de la ley 21.756 por violatorio del derecho a la jurisdicción, amparado por nuestra Constitución Nacional, por cuanto en dicho caso la Comisión Técnica Mixta Salto Grande no contaba con procedimientos de solución de conflictos. Este vacío quedó superado luego del establecimiento del tribunal arbitral creado por la entidad binacional para tales fines.

Nuestra Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, por sentencia del 26-IX-1988 en la causa "Welbers S.A., Enrique C. c/ Extraktionstechnik Gesellschaft für Anlagenbau M.O.M", trató favorablemente la cuestión de la autonomía de una cláusula de arbitraje. Dicha cláusula estaba

incluida en un contrato de compraventa internacional de mercaderías a ser entregadas en Hamburgo, Alemania Federal, dentro del régimen F.O.B. El arbitraje previsto lo era de acuerdo a las reglas de la Cámara de Comercio Argentino-Alemana de Buenos Aires, aplicando a su laudo el Derecho argentino.

En lo que hace al carácter ejecutivo de los respectivos laudos arbitrales, tal carácter depende de la ley del lugar donde se solicita la ejecución. Es lo dispuesto por los artículos 7° de ambos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, de 1889 y 1940.

En tal sentido se asimilan a las sentencias judiciales extranjeras. Criterio similar siguen los artículos 519 y 519 bis de nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, asimismo, condicionan los laudos arbitrales extranjeros a su debida adecuación a las normas del debido proceso, previstas en el artículo 517 del mismo Código y en los artículos 5° de ambos Tratados citados de Montevideo.

4. UN CASO DE CORRUPCIÓN

Entre dichas normas de adecuación, ciertamente debe considerarse la del orden público del lugar del proceso. Boggiano, precisamente ¹, cita un curioso caso al parecer de cohecho al referirse a la ley mercatoria y al orden público.

Según este autor:

“...un argentino intervino por cuenta de una sociedad británica para obtener un contrato con el gobierno argentino por medios distintos de presentar la mejor o inferior oferta. El debía recibir el 10% del precio del contrato por sus servicios. De ese porcentaje debía hacer pagos selectos a altos funcionarios del gobierno. Después de haber obtenido el contrato, la sociedad británica negó toda obligación de pagar. Se inició un arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional. Ninguna de las partes alegó ilegalidad. El árbitro sueco, con sede en Francia, consideró que las partes envueltas en un asunto de tal naturaleza deben darse cuenta de que han renunciado a todo derecho a demandar el auxilio de la justicia (tribunales nacionales o arbitrales) para resolver su disputa” ².

Y agrega en forma de interrogante Boggiano: “¿Es el árbitro el servidor de las partes o de la verdad?”

Entendemos que el árbitro, al igual que el juez y sus auxiliares deben servir a la justicia, el derecho y la moral.

¹ BOGGIANO, A., *op. cit.*, T. II, pág. 1104.

² CCI, caso 1110 de 1963, comentado por J. Law, *Applicable law in international commercial arbitration*, 1978, págs. 553-58; Craig, Park, Paulson, *op. cit.*, Cap. 17, págs. 4, 90 y 91, nota 58.

Según la definición de la Corte de Apelaciones de París, la ley mercatoria es el conjunto de reglas y principios consagrados como normas de derecho en el comercio internacional³.

5. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

En el orden convencional, nuestro país aprobó por ley 23.619 la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros suscripta el 26-VIII-1958.

Según el artículo 2º de dicha ley y acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 1º, inciso 3º de la Convención, nuestro país declaró que "a base de reciprocidad" aplicará dicha Convención al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente; asimismo aplicará la Argentina dicha Convención a litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno.

Esta disposición de la ley 23.619 merece tres comentarios.

El primero, relativo a la condición de reciprocidad.

Como ya lo dijéramos, éste es un principio feudal, pues sujeta el cumplimiento de obligaciones jurídicas a idéntica actitud de otros países.

Si bien es una respuesta práctica a la actual evolución del derecho privado internacional, no deja de alejarse del fundamento de derecho más científico que es la comunidad jurídica de los Estados.

Conforme a la misma, sabemos que el derecho se aplica según la naturaleza de las respectivas relaciones jurídicas con prescindencia de su carácter nacional o extranjero e independientemente de condiciones como la de reciprocidad, ajenas al fundamento jurídico antes mencionado.

El segundo comentario es que el objeto más restringido previsto en la Convención y seguido por nuestro país limita su aplicación a laudos dictados en el territorio de un Estado contratante.

Se deja entonces fuera de reconocimiento a los laudos dictados por un tribunal arbitral, válido según su constitución y cometido, por el solo hecho del lugar de dictado del laudo.

Por último la materia comercial que también limita la posibilidad arbitral resulta de la calificación que como "relación jurídica comercial" le asigne nuestro derecho interno.

Esta disposición no se compeadece con la del artículo 1205 de nuestro Código Civil en que Vélez, siguiendo a Story, regula la naturaleza jurídica de los contratos por la ley del lugar de su celebración.

Probablemente resulte más criterioso, al tiempo de interpretar el artículo 2º de la ley 23.619 interpretar que en lugar de a nuestro derecho interno sola-

³ *Revue Critique de Droit International Privée*, 79 (2) 1990, pág. 305.

mente, la citada disposición incluye también a nuestro Derecho Internacional Privado, entre cuyas normas la del artículo 1205 hace regir a la naturaleza de las relaciones jurídicas —en este caso contractuales— por la ley del lugar donde tales relaciones se constituyen.

El artículo 5º de la Convención establece, a su vez, los únicos supuestos en que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera:

a) incapacidad de las partes o violación de la ley elegida por las partes o de la ley del país en que se ha dictado la sentencia;

b) falta de la debida notificación del árbitro o del procedimiento arbitral o imposibilidad de hacer valer los medios de defensa, por una de las partes;

c) sentencia tomada fuera de lo previsto en el compromiso arbitral sin perjuicio de otorgar validez parcial a la parte de la sentencia que se ajuste a dicho compromiso.

d) constitución del tribunal arbitral o procedimiento no ajustado al acuerdo celebrado entre las partes;

e) sentencia aún no obligatoria, o que haya sido anulada o suspendida por autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada dicha sentencia.

Asimismo no podrá ejecutarse si se trata de una materia no susceptible de ser sometida a arbitraje (en el mismo sentido los arts. 519 bis, inc. 2º y 737 de nuestro Cód. Proc.: cuestiones que no pueden ser objeto de transacción) o contrarias al orden público del país donde se pide la ejecución.

QUINTA PARTE
DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO XIX

PRINCIPIOS

Trataremos aquí de las normas emanadas del ámbito interno de los Estados, o de convenciones internacionales según las cuales se reprimen aquellos crímenes o delitos cometidos por nacionales o extranjeros y algunos de cuyos efectos se producen en un ámbito sujeto a otra soberanía legislativa.

1. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Es principio generalmente admitido el de la territorialidad de la ley penal. Según el mismo los delitos se castigan según la ley y por medio de la jurisdicción del Estado donde han sido cometidos.

La aplicación de este principio resulta clara cuando los delitos son cometidos y producen sus efectos en el territorio de un mismo Estado.

2. CALIDAD PERSONAL Y FUNCIONAL

O bien cuando el delito es cometido por personas que según su calidad funcional resultan estrechamente vinculadas al Estado de su procedencia o nacionalidad.

Así en el caso de los jefes de Estado y los integrantes de su familia y comitiva cuando se hallan en el territorio de otro Estado, quienes continúan regidos por su propia ley.

En tal sentido, se manifiesta nuestro Código Penal cuando en su artículo 221 incrimina la violación de las inmunidades de un jefe de Estado o representante de una potencia extranjera.

Otro tanto ocurre con los representantes diplomáticos de un Estado en el extranjero a quienes alcanza el principio de la extraterritorialidad por razón del ámbito en que su delito produce efectos o la naturaleza misma del acto delictuoso en que ha incurrido el diplomático.

Así nuestro Código Penal en su artículo 1º dispone que el citado Código se aplicará:

“1°) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción (principios territorial y real u objetivo. Al principio real u objetivo lo analizaremos más adelante).

”2°) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo”.

En este segundo inciso se observa con claridad el carácter funcional de la transgresión, presupuesto necesario para la aplicación extraterritorial de nuestra ley penal.

Distinta es la solución cuando se trata de delitos comunes cometidos por los representantes de un Estado en el extranjero.

Aquí parece razonable la intervención de la justicia y las leyes locales, las que podrán reservar un fuero especial para este tipo de delitos. (Según el interés público más afectado por la transgresión de que se trate).

a) Constitución Nacional

Así nuestra Constitución Nacional en su artículo 117 dispone que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejercerá su jurisdicción originaria y exclusivamente en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros.

b) Ley 48

En sentido similar manifiesta la ley 48 en su artículo 1°, inciso 3° y el Código de Procedimientos Penales de la Capital en su artículo 22.

Otro tanto puede decirse de las fuerzas armadas extranjeras.

Según sea la naturaleza funcional o no de su delito caerá bajo la ley y jurisdicción del Estado al que dichas fuerzas pertenecen o bien bajo las del lugar en que han cometido el delito o donde éste produce sus efectos.

En sentido concordante con los principios que venimos expresando, nuestro Código Procesal Penal dispone en su artículo 18 que trata de la jurisdicción penal, su naturaleza y extensión:

“18. La competencia penal se ejerce por los jueces y tribunales que la Constitución Nacional y la ley instituyan; y se extenderá a todos los delitos que se cometieren en su territorio, o en alta mar a bordo de buques nacionales, cuando éstos arriben a un puerto de la Capital, y de los delitos perpetrados en el extranjero cuando sus efectos se produzcan en nuestro país o fueren ejecutados por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, siempre con excepción de los delitos que correspondan a la jurisdicción militar. Es improrrogable y se extiende al conocimiento de las contravenciones cometidas en la misma jurisdicción.

”El mismo principio regirá para los delitos y contravenciones sobre los cuales corresponda jurisdicción federal, cualquiera que sea el asiento del tribunal”.

3. EL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD SEGÚN EL LUGAR DE COMISIÓN DE LOS DELITOS

En razón de la extraterritorialidad de ciertos lugares sometidos a la jurisdicción del Estado, los delitos cometidos en tales lugares —situados en el extranjero— continúan, sin embargo, sujetos a la autoridad de la ley y de la jurisdicción de aquel Estado.

Así las legaciones diplomáticas, los buques y aeronaves en alta mar y los buques o aeronaves públicos en aguas jurisdiccionales de otro Estado.

a) Doctrinas

En materia de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves privadas situados en aguas jurisdiccionales extranjeras, Vico-Argüello citan la diferencia entre la doctrina inglesa, seguida por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 por un lado, y las doctrinas francesa e italiana por el otro.

Según la primera, prevalece la ley del Estado en cuyas aguas territoriales se cometió la infracción. Para las doctrinas francesa e italiana, en cambio, se aplica la ley del pabellón, a menos que el hecho trascienda y comprometa la tranquilidad del puerto o se solicite el auxilio de las autoridades del país, en cuyo caso rige la ley territorial de dicho país.

En cuanto al concepto de mar territorial que en la moderna concepción internacional se ha extendido hasta las 200 millas, tenía —tal concepto— a la época del Tratado de Derecho Penal Internacional —vigente hoy para nuestro país— como lógica referencia, la distancia del alcance de los cañones: 5 millas desde la costa e islas que forman parte del territorio de cada país. Así lo dispone el artículo 12 de dicho Tratado, al definir el mar territorial.

b) Principio real u objetivo

¿Qué ocurre cuando el delito se comete en el territorio de un Estado pero produce sus efectos en otro, sujeto pues, a la soberanía de este último Estado?

Tal el caso de la falsificación de moneda, por ejemplo. Al citar el artículo 1° del Código Penal hicimos referencia a este principio, al mencionar los efectos del delito que deban producirse en el territorio nacional como determinantes de la aplicación del citado Código.

c) Fundamentos

Aquí podemos señalar una analogía con el caso de los contratos internacionales que se rigen —cuando no se ha expresado la voluntad de las partes al respecto— por la ley del lugar de su cumplimiento.

La razón no es la misma sin embargo que en el caso de los delitos.

Las obligaciones se rigen por la ley de su cumplimiento porque, al interpretar la voluntad no expresada de las partes, se debe presumir que dicha voluntad, tácita, ha sido cumplir y no incumplir con sus respectivas obligaciones.

En materia de delitos penales, en cambio, sabemos que el criterio rector es la tutela social del bien jurídico protegido.

Si dicho bien se halla fundamentalmente situado en el lugar donde se producen los efectos del delito y este lugar difiere del lugar de su comisión, parece razonable y justo que sea la ley del lugar de sus efectos la que se aplique al delito en cuestión.

De ahí la proscripción al respecto contenida en el artículo 1º, inciso 1º del Código Penal coincidente con la del artículo 2º del Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889 que establece: “Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último”.

d) Principio de la personalidad

Este principio, según el cual cada Estado se reserva el derecho de juzgar y, en su caso, sancionar a sus nacionales cuando delinquen fuera del país, ha tenido, por cierto, aplicación más restringida. Hemos dicho que el fundamento principal para calificar y graduar las conductas consideradas como punibles, es el bien jurídico protegido: la vida, libertad, propiedad, honor u otros cuya violación determina la aparición del castigo penal.

La protección del nacional, en cambio, es un principio que tiene aplicación cuando dicho nacional se halla perjudicado en sus derechos, hallándose en el extranjero, por denegación de justicia u obstrucción de las vías legales.

Lo que sí se da en materia penal, y más precisamente en el caso del instituto de la extradición, es el derecho, que se reservan los países, de no entregar a sus nacionales. Este principio es conocido también como de no extradición de los nacionales y ha sido consagrado también por nuestra ley 1612.

e) Principio universal o cosmopolita

Conforme a este principio, se reconoce la existencia de una categoría de delitos *iure gentium* o contra el derecho de gentes entre los que se cuentan: crí-

menes contra la humanidad, como el genocidio o el terrorismo, la piratería, trata de blancas, narcotráfico y destrucción de cables submarinos, entre los principales.

Respecto de estos crímenes, existe una *communis opinio* en el derecho comparado, que es decir tanto como la comunidad jurídica de los Estados de que hablara Savigny.

Dichos delitos constituyen un agravio a intereses y bienes jurídicos protegidos por los distintos pueblos y Estados.

En consecuencia, todos ellos pueden y deben prevenirlos y castigarlos conforme a las convenciones internacionales vigentes en la materia, pudiendo intervenir al mismo tiempo la jurisdicción de sus tribunales locales.

f) Sistema mixto

Dice Argüello ¹ que ningún Estado aplica de modo absoluto y excluyen- te un solo sistema de los que hemos enunciado.

- Según las circunstancias, hemos visto cómo nuestro Código Penal y el Tratado de Montevideo utilizan el principio territorial en unos casos y el real u objetivo en otros.

Hemos hecho referencia a la no extradición del nacional que se da en algunas legislaciones y por último a los delitos contra el derecho de gentes, tales los crímenes contra la humanidad, genocidio, esclavitud o piratería, entre otros.

4. DELITOS COMPLEJOS

Señalan Vico y Argüello ² que para la doctrina penal son delitos complejos aquellos en que existe unidad de agente y pluralidad de actos, o unidad de acto y pluralidad de agentes, o pluralidad de actos y de agentes. Dentro de las figuras enumeradas juegan los principios de conexidad, coparticipación criminal e indivisibilidad.

5. DELITOS CONEXOS

Asimismo, agregan que son delitos conexos los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución, o procurar su impunidad. En el orden internacional se perfilan dos doctrinas para su juzgamiento:

a) La que preconiza la jurisdicción y la ley penal del país en donde se consuma el delito más grave, circunstancia que se deja librada al criterio del

¹ En VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, pág. 271.

² VICO, Carlos M., *op. cit.*, págs. 271 y sigs.

Estado requerido (Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1940, art. 3°).

b) La que propugna la aplicación de la ley penal de cada Estado al delito cometido en su territorio (Código Bustamante, art. 303).

6. DELITOS QUE AFECTAN A DIFERENTES ESTADOS

Se trata de aquellos en que hubieren concurrido para su autoría dos o más partícipes, sea como autores principales o cómplices. El Tratado de Montevideo de 1889 dispone en el artículo 3°: “Cuando un delito afecta a diferentes Estados, prevalecerá para juzgarlo la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se captura al delincuente. Si el delincuente se refugiase en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviesen la prioridad en el pedido de extradición”.

El Tratado de 1940, en su artículo 2°, expresa: “En los delitos que afecten a dos o más Estados, cometidos por uno o varios delincuentes, serán competentes los jueces o tribunales del lugar en donde hayan sido consumados, debiendo aplicarse en el respectivo proceso las leyes locales”. Y agrega que si el delito se hubiera consumado en más de un país, serán competentes los tribunales y se aplicarán las leyes del Estado que hubiese prevenido. Es sabido que el Tratado de 1940 aún no ha sido ratificado por nuestro país.

7. DELITOS INDIVISIBLES

Son aquellos que física e intelectualmente configuran un solo hecho o los que se producen mediante actos estrechamente vinculados entre sí, como el contrabando, la injuria, el homicidio de un lado a otro de la frontera, etcétera. Para la doctrina penal más autorizada, esta clase de delitos tiene que suponerse realizada, internacionalmente, en el lugar donde se consuman, produciendo o intentando producir sus efectos definitivos. En ese sentido, el Tratado de Montevideo de 1889, en su artículo 2°, establece: “Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos o intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último”. El artículo 6° llegando más lejos, añade que los hechos realizados en el territorio de un Estado que no fueren pasibles de pena según sus leyes pero que estuviesen penados por el Estado en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción. Esta tesis es la que consagra también el Código Bustamante (art. 303, 2da. parte).

8. PRESCRIPCIÓN

Tanto los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 14) y de 1940 (art. 16) como el Código Bustamante (arts. 312 y 313) regulan la prescripción de la acción y de la pena por las leyes del Estado al que corresponde el conocimiento del delito, a cuyos jueces declaran, asimismo, competentes para juzgar dicha prescripción.

9. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Es ésta una medida defensiva que los Estados tienen el derecho de adoptar frente a los extranjeros indeseables. En nuestro país, la ley 4144 reglamentaba el caso. Fue criticada y su inconstitucionalidad fue planteada ante la Corte Suprema de Justicia sobre la base de que el presidente de la República no podía ejercer facultades judiciales y que son tales las que le otorgaba la citada ley; sin embargo, la Corte interpretó que se trataba de medidas de policía y declaró la constitucionalidad de la ley 4144. Actualmente rige la ley 22.439 de 1981 cuyos artículos 95, 96 y 97 disponen al efecto:

“Artículo 95. El Ministerio del Interior podrá disponer la expulsión de la República de todo extranjero, cualquiera sea su situación de residencia, cuando:

”a) Resulte condenado por juez o tribunal argentino, por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de cinco años;

”b) Realizare en el país o en el exterior actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público de la República.

”Contra las decisiones del Ministerio del Interior podrá interponerse recurso de apelación por ante el Poder Ejecutivo, con los requisitos y efectos determinados por el artículo 80”.

“Artículo 96. El Ministerio del Interior podrá dispensar de la medida de expulsión del artículo anterior, cuando se diera alguna de las siguientes circunstancias:

”a) Que tuviere hijos o padres argentinos, o cónyuge argentino, siempre que su matrimonio fuere anterior al delito por el cual resulte condenado.

”b) Que tuviere una residencia inmediata anterior en el país superior a los diez años”.

“Artículo 97. Al darse por cumplida la condena, será puesto a disposición de la autoridad de migración, a los fines del cumplimiento de la accesoria”.

10. DERECHO PROCESAL PENAL

a) Jurisdicción y ley aplicables

Como lo señalan Vico - Argüello ³, se han sostenido dos tesis en punto a jurisdicción y ley aplicables en materia penal.

³ VICO, Carlos M., *op. cit.*, pág. 130.

I. *Indivisibilidad de jurisdicción y ley aplicable.* Aduce que en el orden internacional la jurisdicción penal y las normas punitivas de fondo son inseparables y, por tanto, su ejercicio y las aplicaciones respectivas, corresponden a la competencia judicial y legislativa de un solo Estado. Se excluyen así las leyes penales extranjeras cuando la autoridad de un país se atribuye la facultad de juzgar un delito cometido en el exterior en los casos previstos en las leyes penales del mismo. De modo que el juez del proceso sólo debe aplicar el derecho penal interno. La tesis se basa en que el derecho penal tiene carácter absoluto y constituye una parte del derecho público y soberano del Estado. Se añade que el orden público aplicado al derecho penal, destaca la ley punitiva como derivada de la esencia constitutiva del Estado y de la sociedad que a él se subordina. Es la tendencia defendida por Meili en Suiza, Travers en Francia y Carlos A. Alcorta en nuestro país.

II. *Distinción entre jurisdicción y fuerza obligatoria de la ley.* Frente a la expuesta, se levanta la tesis que afirma que las materias de jurisdicción y fuerza obligatoria de la ley penal no son idénticas. La jurisdicción determina el poder del juez para juzgar el caso, pero en el juicio podrá resultar que, por motivos excepcionales, la ley aplicable sea extranjera. En Francia, Donnedieu de Vabres ha defendido ese criterio y entre nosotros Rodolfo Rivarola.

El tratadista argentino invoca el artículo 5° de la ley 1612 en los casos en que con arreglo a dicha ley de extradición, el gobierno de la República no deba entregar a los delincuentes solicitados, éstos deberán ser juzgados por los tribunales del país, aplicándoseles las penas establecidas por las leyes a los crímenes y delitos cometidos en el territorio de la República; la ley se aplicaría así por delitos cometidos en el extranjero. Otro ejemplo lo suministra el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889, en que, bajo el título de jurisdicción, se encuentran declaraciones sobre aplicación de la ley penal.

El artículo 1° de dicho Tratado estableció como regla general que cualquiera sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, los delitos se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio se perpetran. Los artículos siguientes establecen las excepciones: a) los hechos de carácter delictuoso, perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos o intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último (art. 2°); b) si el delito afecta diferentes Estados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio fuera capturado el delincuente (art. 3°); c) los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales sea a bordo de buques de guerra o mercantes se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque, etcétera. Esto demuestra la ne-

cesidad de precisar los aludidos conceptos y la conveniencia de que la ley los prevea de modo concreto.

Más específicamente se destaca la diferenciación analizada, en el ejemplo suministrado por los artículos 3° y 4° del Tratado de Derecho Internacional Penal de Montevideo de 1889; el primero declara la competencia del tribunal juzgador en un caso que afecta a diferentes Estados y resuelve que son competentes los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capture al delincuente; si éste se refugiare en un Estado distinto del damnificado prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviere la prioridad en el pedido de extradición; hasta aquí el Tratado se ocupa únicamente de acordar autoridad al juez que deberá juzgar; pero el artículo 4° declara la ley que debe aplicar: “En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas. Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad”⁴.

b) Detención y prisión preventiva

Medidas indagatorias o de averiguación, como la simple demora policial o el arresto carecen de base suficiente para reclamar su efectividad en el orden internacional. En cambio, la detención preventiva judicialmente ordenada, sobre la base de un procedimiento legal tramitado con suficientes elementos de convicción como, por ejemplo, en los casos en que es la consecuencia del llamado auto de procesamiento, tiene efectos extraterritoriales. Por consiguiente, el auto de detención o prisión preventiva, debidamente dictado y revestido de los recaudos indispensables debe ser cumplido por la autoridad extranjera competente.

c) Régimen de la prueba

La ley del lugar del proceso gobierna la procedencia del medio de prueba, pero su realización se rige por la ley del lugar en que dicha prueba se produce, que calificará el modo y forma como debe efectuarse. Así, por ejemplo, si el juez instructor de un país donde el sumario es secreto, solicita de un juez extranjero la realización de una medida probatoria con análogo carácter se-

⁴ El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1940, no ratificado, modificó el criterio dual y estableció la unidad de jurisdicción y ley aplicable al determinar en el art. 3°: “Si se trata de delitos conexos cometidos por uno o más delincuentes, sean éstos autores principales, cómplices o encubridores, en territorio de dos o más Estados signatarios, se dará preferencia en el juzgamiento de ellos a la autoridad y ley penal del país en donde se consuma el delito más grave quedando esta circunstancia librada al criterio del Estado requerido”.

creto, es indudable que el juez requerido no accederá a ello si en su país el sumario no es secreto y admite la libre defensa.

d) Cumplimiento extraterritorial

En lo concerniente al cumplimiento extraterritorial de autos, sentencia y exhortos judiciales, no hay diferencia fundamental con lo que sucede en materia procesal civil o comercial. Sólo diremos que la sentencia penal “se cumple internacionalmente en cuanto a sus consecuencias civiles, respetándose el principio tradicional del *non bis in idem* en cuanto a la condena penal”⁵.

⁵ VICO, Carlos M., *op. cit.*

CAPÍTULO XX

ASILO

El sentido del asilo ha variado según las épocas. Originado como una manifestación de hostilidad para con los Estados adversarios, fue evolucionando hasta convertirse en instituto protector del individuo y de las más elementales de sus facultades: el derecho a la vida y el derecho a la libertad.

1. FUNDAMENTOS SEGÚN ROQUE SÁENZ PEÑA

“La persona física que el asilo tiene en mira es el delincuente político”, como señalaba el doctor Roque Sáenz Peña, delegado argentino al Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, realizado en 1888/89 en Montevideo, en la sesión del día 3-XII-1888: “Los delitos políticos tienen un carácter de relatividad que sólo puede considerarlos tales el Estado que los persigue; el delincuente que ha turbado en su patria la paz pública tomando parte en movimientos sediciosos, no es una amenaza ni un peligro para el Estado que le presta asilo; puede, al contrario, ser un elemento de utilidad y de labor, que no hay objeto ni conveniencia en alejar, siquiera sea por medio de la extradición; hay, pues, una diferencia sustancial con el reo de delitos comunes, que el país de refugio tiene siempre interés en entregar, porque amenaza los mismos derechos que ya agredió; en el primer caso, la extradición consulta, pues, el interés de ambos Estados, y en el segundo, no debe primar el de uno solo, y menos el que ya se funda en sentimientos reprobados, como es, a no dudarlo, el de la venganza personal o política.

”La calificación de estos delitos, se siente por otra parte sujeta a la veleidad de las instituciones políticas, que se modifican y se cambian con más frecuencia por las leyes comunes; de ahí que el delincuente y el traidor a la patria, que ayer era perseguido como autor de un crimen oprobioso contra la corona de su rey, por ejemplo, sea recibido más tarde como redentor de las libertades de su patria y como el prócer de la república naciente; lo que digo de las formas de gobierno, lo puedo extender a todos los movimientos que producen un cambio o situación política, y que determinan una mutación visible en la con-

dición legal del reo. Las formas gubernativas —ha dicho el procurador general de la Corte de Liége— son cosas de pura convención, que varían de país, los esfuerzos para transformarlas no afectan la conciencia universal; el fracaso vuelve a sus autores criminales; el éxito los transforma en héroes; el refugio político tiene además el poder de hacer factibles las grandes reparaciones, que se volverían póstumas, si la extradición hubiera permitido la venganza; necesario es por otra parte que las convicciones humanas encuentren en el mundo su lugar de refugio, donde no se permita la persecución ni el castigo que serían atentatorios de la libertad, no ya de acción, sino de pensamiento”.

Tal es el criterio con que se ha legislado la institución: el de velar por la tutela internacional de derechos fundamentales del ser humano. Como asimismo a su coordinación con los derechos de la soberanía del Estado asilante y a las modalidades de tiempo y lugar de ejercicio del asilo.

El Tratado de 1889 de Derecho Penal Internacional, ratificado por la Argentina, vincula estrechamente en su artículo 15 los institutos del asilo y la extradición cuando dispone:

“Artículo 15.— Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición”.

Es decir que la entrega del presunto delincuente, al que el Estado asilante le ha otorgado precisamente el asilo, debe ser realizada, si correspondiere, conforme a las reglas que veremos más adelante al tratar específicamente el instituto de la extradición.

2. CARÁCTER DEL ASILO

a) La paz pública

Dispone, a su vez, el artículo 16 del citado Tratado de 1889:

“Artículo 16.— El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido”.

Aquí se destaca fundamentalmente el carácter inviolable de la extradición para los delitos políticos, cuya calificación de tales es también resorte del Estado asilante.

Se habla en este artículo de “la Nación de refugio”.

En rigor, el concepto de refugio está más estrechamente vinculado al asilo territorial también denominado asilo o refugio político. Es el que se otorga en el territorio del Estado asilante, y dentro de sus fronteras geográficas propias.

En cambio, el asilo diplomático es el que se otorga en el ámbito extraterritorial que un Estado tiene en territorio de otro Estado: así las embajadas, le-

gaciones diplomáticas, consulados, buques o aeronaves del primer Estado en territorio de otro.

La condición de no alterar o “poner en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido”, tiene una razón indudable. De lo contrario, el otorgamiento del asilo por parte de un Estado vendría a constituir un acto inamistoso y hasta agresivo contra el otro Estado.

b) Delitos comunes

Dice el artículo 17 en su primera parte:

“Artículo 17.— El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación deberá ser entregado por el jefe de ella a las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente” (el mismo jefe de Legación).

c) Delitos políticos. Procedimiento y garantías

Agrega el citado artículo 17 en su segunda parte:

“Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos, pero el jefe de la Legación está obligado a poner inmediatamente el hecho en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible.

”El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional, respetándose la inviolabilidad de su persona.

”El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales”.

d) Desertores

Dispone el artículo 18:

“Artículo 18.— Exceptúase de la regla establecida en el artículo 15, a los desertores de la marina de guerra surta en aguas territoriales de un Estado.

”Esos desertores, cualquiera que sea su nacionalidad, deberán ser entregados por la autoridad local a pedido de la Legación, o en defecto de ésta, del agente consular respectivo, previa la prueba de identidad de la persona”.

e) La opinión de José Irureta Goyena

Es interesante recordar a este respecto lo expresado por el miembro informante del Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940 —que no sería ratificado por la Argentina—, doctor José Irureta Goyena:

1) Fundamentos

“Debe entenderse también que la inmunidad mencionada no cobija la desertión, a pesar de su naturaleza esencialmente militar, porque en el Proyecto sobre Asilo, se ordena la entrega de los desertores de la Armada tanto de las fuerzas de tierra como las de aire o las del mar. Esta disposición se aparta de la enseñanza del Instituto de Derecho Internacional (Congreso de Oxford, 1880) que ampara a los desertores militares —que es quizá académicamente más ortodoxa—, pero que en la práctica suscita dificultades que merecen ser atendidas y que la Comisión ha atendido, abriendo las puertas de la extradición o más precisamente de la entrega. No existe otro medio de mantener la integridad de las unidades militares y de segar el estímulo a la desertión en los puestos de mar y en los lugares fronterizos. La tiranía de los hechos es de tal modo irresistible que el mismo Instituto de Derecho Internacional en la sesión de La Haya, de 1897, votó una proposición denegando el asilo a los desertores militares de mar o tierra. Esta misma doctrina fue proclamada por los jurisconsultos americanos en la Convención de Río de Janeiro de 1927, por la 6a. Conferencia Panamericana de 1928 y finalmente por la 7a. Conferencia Panamericana de Montevideo de 1933.

”La Comisión ha creído que en esta parte debía desviarse de la ruta trazada por los Congresales de 1889, que circunscriben la prohibición del asilo a los desertores de la marina de guerra y ello, con tanto más razón cuanto que su ilogismo ya fue puesto de relieve por el doctor Sáenz Peña, uno de los juristas más eminentes de la Conferencia”.

CAPÍTULO XXI

EXTRADICIÓN

1. CONCEPTO

Como la define Argüello ¹, la extradición es el acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama para someterlo a juicio penal o a la ejecución de una pena.

- La existencia misma de la comunidad jurídica de los Estados es la que otorga su principal fundamento a este instituto, que viene a expresar una clara modalidad de la asistencia jurídica internacional para la persecución de los delitos comunes.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional reformada en 1994, los tratados ratificados por nuestro Congreso tienen jerarquía superior a las leyes.

2. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889

Veamos, pues, qué dispone, en materia de extradición, el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, vigente para las relaciones en la materia entre Argentina, Bolivia, Uruguay, Perú y Paraguay.

En el Título III de dicho Tratado se dispone sobre el Régimen de la Extradición. Dice el artículo 19:

“Artículo 19.— Los Estados signatarios se obligan a entregarse los delincuentes refugiados en su territorio, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

”1ª Que la Nación que reclama el delincuente tenga jurisdicción para conocer y fallar en juicio sobre la infracción que motiva el reclamo;

”2ª Que la infracción, por su naturaleza o gravedad, autorice la entrega;

”3ª Que la Nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo;

”4ª Que el delito no esté prescrito con arreglo a la ley del país reclamante;

¹ En VICO, Carlos M., *op. cit.*, T. II, § 124.

”5ª Que el reo no haya sido penado por el mismo delito ni cumplido su condena”.

Vemos, pues, que esta norma del artículo 19 del Tratado de 1889 contiene una serie de previsiones que procuran asegurar el debido proceso en favor del acusado de un delito común.

Ellas son:

- 1º) la existencia de jurisdicción de la Nación reclamante;
- 2º) la gravedad suficiente del delito;
- 3º) la presentación de la debida documentación;
- 4º) la vigencia del delito: su no prescripción, y
- 5º) el cumplimiento del principio *non bis in idem*.

a) La nacionalidad del reo

Dispone el artículo 20 del Tratado de 1889:

“Artículo 20.— La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedirla la nacionalidad del reo”.

El tema de la no entrega del nacional ha sido tratado de distinta forma en la legislación argentina y tratados firmados por nuestro país.

Así nuestra ley 1612 sobre extradición del año 1885 establece en su artículo 1º:

b) Ley 1612

“Artículo 1º.— El Gobierno de la República Argentina *podrá* entregar a los gobiernos extranjeros, con la condición de reciprocidad, a todo individuo perseguido, acusado o condenado por los tribunales de la potencia requirente, siempre que se trate de un crimen o delito de los que se indican en la presente ley, y de conformidad a las reglas en ella establecidas.

”2.— Sólo se acordará la extradición cuando se invoque la perpetración de un delito de carácter común, que según las leyes de la República fuese castigado con pena corporal no menor de un año de prisión.

”3.— No se concederá la extradición:

”1º Cuando el reclamado fuese un ciudadano argentino o naturalizado antes del hecho que motive la solicitud de extradición.

”2º Cuando los delitos cometidos tuviesen un carácter político o fueren conexos con delitos políticos.

”3º Cuando los delitos hubiesen sido cometidos en territorio de la República.

”4º Cuando los delitos, aunque cometidos fuera de la República, hubiesen sido perseguidos y juzgados definitivamente en ella.

"5° Cuando con arreglo a las leyes de la potencia requirente, la pena o acción para perseguir el delito que motivase el pedido de extradición se encontrasen prescriptos.

"4.— Cuando el reclamado fuera un esclavo perseguido o condenado por un delito común, la extradición se concederá siempre que la Nación requirente se comprometa a juzgarlo como hombre libre y considerarlo siempre como tal.

"5.— En los casos en que con arreglo a las disposiciones de esta ley el Gobierno de la República no deba entregar a los delincuentes solicitados, éstos deberán ser juzgados por los tribunales del país, aplicándoseles las penas establecidas por las leyes a los crímenes o delitos cometidos en el territorio de la República.

"La sentencia o resolución definitiva deberá comunicarse al Gobierno reclamante.

"6.— La extradición se concederá siempre con la condición de que el individuo extraído no será ni perseguido ni castigado por una infracción distinta de la que hubiese motivado aquélla, a no ser que se tratare de otro delito sujeto a extradición y que el Gobierno argentino lo consintiera oportunamente, previo lo establecido en los artículos 12 y 24.

"Estas restricciones no tendrán lugar cuando el acusado no ha regresado a la República dentro de los tres meses siguientes a su libertad, sea que haya permanecido en el mismo país que lo solicitó o en cualquier otro.

"7.— Cuando se pidiese la extradición de un extranjero perseguido o condenado en los tribunales de la República por un delito distinto del que motivase aquélla, no se efectuará la entrega sino después de terminado el juicio y cumplida la pena. Sin embargo, podrá concederse la entrega temporal del extranjero al sólo fin de dejarlo comparecer ante los tribunales del país requirente, bajo la condición de ser devuelto a la terminación del proceso.

"8.— Si después de obtenida por el Gobierno argentino la extradición de un extranjero, le fuese éste requerido por otro Estado, a causa de otro delito, no se concederá la extradición si hubiere lugar a ella, sin previo consentimiento del Gobierno del país que lo hubiese entregado.

"9.— Si se pidiese la extradición de un extranjero por delitos cometidos en territorio distinto del de la potencia requirente, no se concederá sino en aquéllos en que por las leyes argentinas es permitida la persecución de infracciones cometidas fuera del territorio.

"10.— Cuando dos o más naciones solitasen la extradición de un mismo individuo por delito distinto, se acordará a aquella en cuyo territorio se hubiese cometido el delito mayor, y si éstos fueren iguales a la que lo hubiera solicitado primeramente.

"11.— Si el individuo reclamado no fuese ciudadano del país requirente y lo reclamase también el Gobierno de su Nación por causa del mismo delito, el Gobierno argentino tendrá la facultad de entregarlo a quien considerase conveniente, según los antecedentes del caso.

.....
 "33.— El Poder Ejecutivo denunciará, a su vencimiento, todos los tratados de extradición que no estén ajustados a los preceptos de esta ley".

De acuerdo pues al artículo 1º, inciso 1º, la extradición no se concederá cuando se la solicitare de un ciudadano argentino.

3. JURISPRUDENCIA DE NUESTRA CORTE SUPREMA

El caso reciente fue el de un español naturalizado argentino de quien el Reino de España reclamaba la extradición por el delito de narcotráfico. En su decisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo 46.517 del 23-II-1995, "C., A. G. s/extradición", *E.D.*, 30-VI-1995) precisó —frente a la opinión contraria del procurador general— que el derecho —del perseguido por la comisión de un delito común— de ser juzgado por el Estado de nacionalidad corresponde a la persona de tal perseguido y no al Estado de su nacionalidad.

El voto de los doctores Boggiano y Fayt en este caso, a su vez agregó, como variante alternativa, la posibilidad de un proceso multijurisdiccional por tribunales de varios Estados, lo que vendría a tornar innecesario el juicio de extradición, por cuanto aquel proceso multijurisdiccional permitiría precisamente el auxilio jurídico internacional, que históricamente constituye el fundamento mismo de la extradición.

4. CÓDIGO PROCESAL PENAL

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) legisla sobre el procedimiento de la extradición en el Libro I, Sección II y en sus artículos 52, 53 y 54.

Disponen los citados artículos:

a) Extradición solicitada a jueces del país

"52. Los tribunales solicitarán la extradición de imputados o condenados que se encuentren en distinta jurisdicción, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, del auto de procesamiento y prisión preventiva o de la sentencia y, en todo caso, los documentos necesarios para comprobar la identidad del requerido".

b) Extradición solicitada a otros jueces

"53. Si el imputado o condenado se encontrara en territorio extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes o al principio de reciprocidad".

c) Extradición solicitada por otros jueces

“54. Las solicitudes de extradición efectuadas por otros tribunales serán diligenciadas inmediatamente, previa vista por veinticuatro (24) horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 52.

”Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, se le permitirá que personalmente o por intermedio del defensor aclare los hechos e indique las pruebas que a su juicio pueden ser útiles, después de lo cual, si la solicitud de extradición fuese procedente, deberá ser puesto sin demora a disposición del tribunal requirente”.

La Argentina también ha suscripto la Convención de Montevideo de 1933 sobre extradición y además la ratificó mediante el decreto-ley 1638/56.

Sin embargo, y con respecto a la entrega de los nacionales, dicha Convención tiene una cláusula opcional que dispone: “Los Estados signatarios de esta cláusula, no obstante lo establecido por el artículo II de la Convención sobre Extradición (que deja librada la entrega o no del nacional a la legislación del Estado requerido) convienen entre sí que, en ningún caso la nacionalidad del reo puede impedir la extradición”. La Argentina no ratificó, sin embargo, esta cláusula opcional, por lo cual se aplica el artículo II que establece el carácter facultativo para el Estado requerido en cuanto a la entrega o no de sus nacionales.

5. TÍTULO III. TRATADO DE MONTEVIDEO

Volvamos ahora al Título III del Tratado de Montevideo de 1889 vigente para la Argentina en materia del Régimen de la Extradición.

a) Hechos que autorizan la entrega del reo

Dispone el artículo 21:

“Artículo 21.— Los hechos que autorizan la entrega del reo son:

”1º) Respecto a los presuntos delinquentes, las infracciones que según la ley penal de la Nación requirente se hallen sujetas a una pena privativa de la libertad que no sea menor de dos años, u otra equivalente;

”2º) Respecto de los sentenciados las que sean castigadas con un año de la misma pena como *minimum*”.

Recordemos que el artículo 1º, inciso 2º de la ley 1612 se refiere a pena corporal no menor de un año de prisión. Según las leyes argentinas, sin distinguir las hipótesis de procesado o condenado.

b) Delitos no extraditables

A su vez, el artículo 22 dice:

“Artículo 22.— No son suscriptibles de extradición los reos de los siguientes delitos:

”El duelo;

”El adulterio;

”Las injurias y calumnias;

”Los delitos contra los cultos;

”Los reos de delitos comunes conexos con cualquiera de los anteriormente enumerados, están sujetos a extradición”.

Sabemos que en nuestro tiempo el duelo y el adulterio han ido cayendo en *desuetudo*, si bien conservan su vigencia en nuestra legislación penal (Cód. Pen., arts. 97 a 103 y 118).

De todas formas se trata en todos los casos (también injurias, calumnias o delitos contra los cultos) de delitos de instancia privada.

c) Delitos políticos o contra la seguridad del Estado

Dispone el artículo 23:

“Artículo 23.— Tampoco dan mérito a la extradición los delitos políticos y todos aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, ni los comunes que tengan conexión con ellos.

”La clasificación de estos delitos se hará por la Nación requerida con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado”.

La disposición es coincidente, pues, con el artículo 1º, incisos 2º y 3º, subinciso 2º de la ley 1612.

d) Acciones civiles o comerciales

El artículo 24 establece:

“Ninguna acción civil o comercial relacionada con el reo podrá impedir su extradición”.

Se da en estas hipótesis —de posibles acciones civiles o comerciales que se deduzcan contra el requerido mediante extradición— prioridad a la cuestión penal. Si procede pues la extradición conforme a tratados y leyes de países requirente y requerido, las acciones civiles y comerciales deberán tramitar (o no, según corresponda) con la posible ausencia del requerido, imputado o condenado por un delito.

e) Acción penal del Estado requerido y entrega del reo

Establece el artículo 25:

“La entrega del reo podrá ser diferida mientras se halle sujeto a la acción penal del Estado requerido, sin que esto impida la sustanciación del juicio de extradición”.

La hipótesis se refiere a dos delitos (por lo menos) distintos, por los que deduzcan acciones contra el delincuente tanto el Estado requirente como el requerido, pues como sabemos por el principio de la especialidad, no se puede juzgar a una persona dos veces por el mismo delito. En el mismo sentido nuestra ley 1612, artículo 1º, inciso 3º, subinciso 4º.

f) Delitos políticos anteriores y delitos anteriores susceptibles de extradición

Dice el artículo 26:

“Los individuos cuya extradición hubiese sido concedida, no podrán ser juzgados ni castigados por delitos políticos anteriores a la extradición, ni por actos conexos con ellos.

”Podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente Tratado, los delitos susceptibles de extradición, que no hubiesen dado causa a la ya concedida”.

- La primera parte relativa a los delitos políticos tiene su razón de ser en el carácter precisamente político de los delitos respectivos por los cuales no puede solicitarse la extradición.

Otros delitos comunes anteriores pero que no hubiesen sido el motivo *especial* de la extradición requerida, podrán ser juzgados y penados por el Estado requirente previo consentimiento del Estado requerido y acordado en los términos del Tratado.

g) Solicitudes varias de extradición

Dispone el artículo 27:

“Cuando diversas naciones solicitaren la entrega de un mismo individuo por razón de diferentes delitos, se accederá en primer término al pedido de aquella en donde a juicio del Estado requerido se hubiese cometido la infracción más grave. Si los delitos se estimasen de la misma gravedad, se otorgará la preferencia a la que tuviese la prioridad en el pedido de extradición; y si todos los pedidos tuvieran la misma fecha, el país requerido determinará el orden de la entrega”.

Esta disposición es concordante con las del artículo 3º del mismo Tratado que otorga la jurisdicción al Estado donde se captura al delincuente (autor de varios delitos) y, en su caso (captura en un tercer Estado), al Estado que primó en el pedido de extradición.

Asimismo resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 4º que dispone —en caso de delitos que afecten a varios Estados— la aplicación de la ley penal más grave y, en su caso (no admisión de la pena más grave en el Estado

donde se juzga el delito), la aplicación de la pena que le sigue en el orden de gravedad. En el mismo sentido, la ley 1612, artículo 10.

h) Posterior y nuevo pedido de extradición

Dispone el artículo 28 del Tratado:

“Artículo 28.— Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviniese respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido, a la misma Nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad”.

En este supuesto el reo ha sido entregado por el Estado requerido al Estado requirente.

Sobreviene entonces un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado. Es competente para entender en esta solicitud, según el Tratado, la misma Nación que procedió a la primera entrega, salvo que el reclamado ya estuviera en libertad. En este último caso, parece que correspondiera intervenir al Estado donde el reclamado nuevamente tuviere su domicilio actual o residencia y ello sin perjuicio del beneficio que le pueda corresponder a ser juzgado por los tribunales del Estado de su nacionalidad.

i) Pena máxima

Dispone el artículo 29:

“Artículo 29.— Cuando la pena que haya de aplicarse al reo sea la de muerte, el Estado que otorga la extradición podrá exigir sea sustituida por la pena inferior inmediata”.

Esta disposición resulta plenamente concordante con la del artículo 4º referente a la no aplicación de la ley penal más grave y a solicitud del Estado requerido.

6. PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN

El Título IV del Tratado de 1889 se refiere al *Procedimiento de Extradición*. Dice el artículo 30:

“Artículo 30.— Los pedidos de extradición serán introducidos por los agentes diplomáticos o consulares respectivos, y en defecto de éstos, directamente de Gobierno a Gobierno, y se acompañarán los siguientes documentos:

”1º) Respecto de los presuntos delincuentes, copia legalizada de la ley penal aplicable a la infracción que motiva el pedido, y del auto de detención y demás antecedentes a que se refiere el inciso 3º del artículo 19;

”2º) Si se trata de un sentenciado, copia legalizada de la sentencia condenatoria ejecutoriada, exhibiéndose a la vez en igual forma, la justificación de que el reo ha sido citado, y representado en el juicio o declarado legalmente rebelde”.

Como vemos, este precepto resulta también concordante con lo normado en el artículo 19 del mismo Tratado; ambas disposiciones tienden a asegurar el pleno respeto al debido proceso de ley en materia penal.

a) Pedido formalmente improcedente

Dispone el artículo 31:

“Artículo 31.— Si el Estado requerido considerase improcedente el pedido por defectos de forma, devolverá los documentos respectivos al Gobierno que lo formuló, expresando la causa y defectos que impiden su sustanciación judicial”.

b) Pedido formalmente procedente

Dispone el artículo 32:

“Artículo 32.— Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido remitirá todos los antecedentes al juez o tribunal competente, quien ordenará la prisión del reo y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediese tal medida con arreglo a lo establecido en el presente Tratado”.

Como vemos, el pedido procedente tramita primero de Gobierno requiriente a Gobierno requerido y luego, de este último al tribunal competente de este último Estado.

Como hemos visto al tratar nuestra legislación interna, el artículo 54 del Código Procesal Penal prevé también la solicitud de extradición efectuada a nuestros tribunales desde otros países, en tanto el artículo 53 prevé, en el caso inverso, el tratamiento por la vía diplomática.

c) Aviso al refugiado

Dispone el artículo 33:

“Artículo 33.— En todos los casos en que proceda la prisión del refugiado, se le hará saber su causa en el término de veinticuatro horas y que puede hacer uso del derecho que le acuerda el artículo siguiente”.

Esta disposición hace también al debido proceso de ley y en particular al correspondiente derecho de defensa en favor de la persona refugiada, es decir, territorialmente asilada en un Estado extranjero.

d) Oposición del reo

Dispone el artículo 34:

“Artículo 34.— El reo podrá, dentro de tres días perentorios, contados desde el siguiente al de la notificación, oponerse a la extradición, alegando:

”1º) Que no es la persona reclamada;

”2º) Los defectos de forma de que adolezcan los documentos presentados;

”3º) La improcedencia del pedido de extradición”.

e) Apertura del incidente a prueba

Establece el artículo 35:

“Artículo 35.— En los casos en que fuese necesaria la comprobación de los hechos alegados, se abrirá el incidente a prueba, rigiendo respecto de ella y de sus términos las prescripciones de la ley procesal del Estado requerido”.

Como vemos, aquí se reitera la aplicación del principio ya expuesto desde la parte general: la materia procesal se rige por la ley del foro; este foro es el del Estado requerido en tanto se sustancia el pedido de extradición.

f) Resolución

Dice el artículo 36:

“Artículo 36.— Producida la prueba, el incidente será fallado sin más trámite, en el término de diez días, declarando si hay o no lugar a la extradición.

”Dicha resolución será apelable dentro del término de tres días, para ante el tribunal competente, el cual pronunciará su decisión en el plazo de cinco días”.

Como vemos, el plazo perentorio de diez días es aplicable al tiempo para resolver el pedido de extradición una vez producida la prueba. Esta producción de prueba no tiene, en cambio, un plazo fijado en el Tratado y el tiempo pues para producirla depende de la ley del foro, es decir, la ley procesal del Estado requerido.

La posterior apelación y sus términos sí vuelven a estar regulados por el Tratado.

g) Acogimiento o denegatoria del pedido

Dice el artículo 37:

“Artículo 37.— Si la sentencia fuese favorable al pedido de extradición, el tribunal que pronunció el fallo lo hará saber inmediatamente al Poder Ejecutivo, a fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente.

”Si fuese contraria, el juez o tribunal ordenará la inmediata libertad del detenido, y lo comunicará al Poder Ejecutivo, adjuntando copia de la sentencia, para que la ponga en conocimiento del Gobierno requiriente.

”En los casos de negativa por insuficiencia de documentos, debe reabrirse el juicio de extradición, siempre que el Gobierno reclamante presentase otros o complementase los ya presentados”.

h) Conformidad del detenido y relevo de prueba

El artículo 38 señala:

“Artículo 38.— Si el detenido manifestase su conformidad con el pedido de extradición, el juez o tribunal labrará acta de los términos en que esa conformidad haya sido prestada, y declarará sin más trámite la procedencia de la extradición”.

i) Objetos del delito: su remisión

Dispone el artículo 39:

“Artículo 39.— Todos los objetos concernientes al delito que motiva la extradición y que se hallaren en poder del reo, serán remitidos al Estado que obtuvo la entrega.

”Los que se hallaren en poder de terceros, no serán remitidos sin que los poseedores sean oídos previamente y resuéltose las excepciones que opongan”.

j) Entrega del reo

1) Por vía terrestre o marítima

Establece el artículo 40:

“Artículo 40.— En los casos de hacerse la entrega del reo por la vía terrestre, corresponderá al Estado requerido efectuar la traslación del inculpado hasta el punto más adecuado de su frontera.

”Cuando la traslación del reo deba efectuarse por la vía marítima o fluvial, la entrega se hará en el puerto más apropiado de embarque, a los agentes que debe constituir la Nación requiriente.

”El Estado requiriente podrá, en todo caso, constituir uno o más agentes de seguridad; pero la intervención de éstos quedará subordinada a los agentes o autoridades del territorio requerido o del de tránsito”.

Entendemos que el criterio de esta disposición para la entrega del reo por vía marítima debe hacerse extensivo a la posible y más actual modalidad de entrega por vía aérea.

2) Tránsito por un Estado intermedio

Dispone el artículo 41:

“Artículo 41.— Cuando para la entrega de un reo, cuya extradición hubiese sido acordada por una Nación a favor de otra, fuese necesario atravesar

el territorio de un Estado intermedio, el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición por la vía diplomática del testimonio, en forma de decreto de extradición, expedido por el Gobierno que la otorgó”.

Va de suyo que esta disposición supone que el territorio del Estado intermedio a que aquélla se refiere es el de un Estado miembro del Tratado. Cuando se refiere al inciso 3º del artículo anterior quiere decir el tercer párrafo del artículo 40 que contempla la intervención de los agentes o autoridades del Estado de tránsito.

k) Gastos de la extradición

Establece el artículo 42:

“Artículo 42.— Los gastos que demande la extradición del reo serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y desde entonces a cargo del Gobierno requiriente”.

Esta norma resulta razonable pues distribuye los costos del procedimiento entre cada uno de los Estados, requerido y requiriente, conforme al alcance de su respectiva intervención con respecto al reo o perseguido.

l) Comunicación de la sentencia definitiva

Dispone el artículo 43:

“Artículo 43.— Cuando la extradición fuese acordada y se tratase de un enjuiciado, el Gobierno que la hubiere obtenido comunicará al que la concedió la sentencia definitiva recaída en la causa que motivó aquélla”.

Ésta es una disposición que afianza la seguridad de los procedimientos: permite a las autoridades judiciales y administrativas que previnieron en el juzgamiento del reo, conocer el resultado del proceso penal ulteriormente seguido al mismo delincuente.

7. PRISIÓN PREVENTIVA

Es tratada en el Título V del Tratado de 1889.

a) Caso urgente

Dice el artículo 44:

“Artículo 44.— Cuando los gobiernos signatarios reputasen el caso urgente, podrán solicitar por la vía postal o telegráfica, que se proceda administrativamente al arresto provisorio del reo, así como a la seguridad de los objetos concernientes al delito, y se accederá al pedido, siempre que se invoque

la existencia de una sentencia o de una orden de prisión, y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado o perseguido”.

El arresto provisorio es, pues, una modalidad prevista para determinado tipo de delitos en que la rápida incautación de la persona del presunto reo y los objetos del delito puede revestir un carácter decisivo para el debido esclarecimiento del hecho.

b) Necesidad del pedido de extradición

Pero establece a su vez el artículo 45:

“Artículo 45.— El detenido será puesto en libertad, si el Estado requirente no presentase el pedido de extradición dentro de los diez días de la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio”.

Ésta constituye una disposición acertada que afianza el debido proceso, por cuanto, si no mediara el pedido de extradición en un término razonable, la prisión preventiva carecería de la urgencia necesaria y que justifique la privación de libertad de una persona.

c) Responsabilidad del Estado solicitante

En el mismo orden de ideas, el artículo 46 dispone:

“Artículo 46.— En todos los casos de prisión preventiva, las responsabilidades que de ella emanen corresponden al Gobierno que solicitó la detención”.

En efecto, si la detención provisoria carecía de fundamento, parece también razonable que sea el Estado requirente el que responda frente al detenido inocente de los perjuicios patrimoniales y morales que tal detención pudiera haberle acarreado.

SIXTA PARTE
EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

CAPÍTULO XXII

EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

1. LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

Las relaciones económicas internacionales en su moderna evolución se constituyen en uno de los pilares fundamentales en que se asientan el desarrollo y la prosperidad de los pueblos, siendo su influencia especialmente significativa en aquellas naciones de un menor desarrollo económico relativo.

Dentro de tales relaciones cabe destacar cuatro materias principales, en torno de las cuales el Derecho Internacional Privado asume un papel tan novedoso como decisivo en la formulación de sus normas de colisión y extranjería.

Ellas son:

- la contratación financiera internacional;
- la actuación de la empresa multinacional;
- la inversión de capitales extranjeros, y
- la integración económica, social y jurídica de los Estados.

Nos hemos de referir separadamente a cada una de estas cuestiones en torno de un elemento común, que nos ha de servir a la vez como eje orientador del tema de nuestra tesis: el orden público internacional (u orden público en el sentido del derecho internacional privado, según la más adecuada expresión de Henri Batiffol)¹ como límite para la aplicación del derecho extranjero y modalidad discriminatoria para la aplicación del derecho nacional a extranjeros, por su condición de tales y en la materia de su actuación extraterritorial.

2. LA CONTRATACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL

Esta forma de negocio jurídico adquiere singular importancia para los países en vías de desarrollo que, por la insuficiencia de su capacidad interna de ahorro y financiamiento, deben recurrir al auxilio externo a fin de satisfacer requerimientos de su política de inversiones².

¹ BATIFFOL, Henri, *Droit International Privé*, Paris, 1970.

² Un tema previo de discusión puede estar dado acerca del grado de idoneidad de la

Si bien es cierto que ha existido con oscilaciones en América latina una tendencia señalada de aumento de la tasa de inversión dentro del producto bruto interno, no es menos cierto que el crecimiento de los ahorros nacionales resulta inferior a la expansión de las necesidades financieras del desarrollo de los respectivos países. Consecuentemente, ellos deben seguir recurriendo al financiamiento externo para cubrir sus consiguientes brechas de desarrollo.

Como factor adicional a los reclamos de financiamiento externo de los países latinoamericanos juega también el fenómeno inflacionario en América latina.

a) El Derecho aplicable y la jurisdicción competente

Ocurre que, a menudo, la práctica de los negocios internacionales con empresas y organismos financieros internacionales, y hoy en día nuestro propio Derecho vigente (art. 7º, ley 20.548 de presupuesto permanente, de 1973), establecen las facultades de delegar en jueces o árbitros extranjeros la facultad soberana de nuestros tribunales para entender en las eventuales controversias en que la Nación —del Estado local de destino del préstamo para la realización de las obras antedichas— actúa como garante o avalista.

Del mismo modo, la autorización otorgada por las leyes 20.461, 21.351 y 21.799 al Banco Nación a fin de prorrogar la jurisdicción en tribunales extranjeros. En sentido análogo, las leyes 20.758 y 21.629 otorgaron análoga autorización al Banco Nacional de Desarrollo.

A su vez, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificado por las leyes 21.305 y 22.434, permite la prórroga de la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales y mediando conformidad de partes. Si se trata de asuntos internacionales, la prórroga podría admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga estuviese prohibida por la ley.

Por su parte, las Convenciones de La Haya del 15 de abril de 1958 —sobre compraventa internacional de mercaderías— y del 25 de noviembre de 1965 citadas por Boggiano³ admiten la prórroga de compraventas de carácter internacional (la primera) y la elección del tribunal de relaciones internacionales (la segunda).

contratación financiera internacional para subvenir a las necesidades de los países en desarrollo.

La solución más provechosa parece derivar de la radicación directa de capitales, que de préstamos externos que devengan intereses, imponen amortizaciones y comprometen así el balance de pagos, sin perjuicio de los problemas a analizar de derecho aplicable y jurisdicción competente.

³ *Op. cit.*, T. I, pág. 277.

El tema fue objeto de discusión en el VII Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires en el año 1969⁴.

Asimismo, algunos casos habrían de adquirir cierta trascendencia con motivo de contratos firmados por la Nación en garantía de compromisos suscriptos por sus entidades autárquicas⁵ (como, por ejemplo, en el caso Gronda)⁶.

El problema práctico consistió en que, establecido el derecho aplicable extranjero para dirimir controversias de derecho internacional privado en que la capacidad económica de una de las partes —país en vías de desarrollo— sea menor, o designada la jurisdicción de tribunales o árbitros extranjeros para entender en el caso, las seguridades ofrecidas por tales jueces y tribunales no son naturalmente las mismas para el país receptor de tales préstamos que las que ofrece la actuación de su propia justicia y la aplicación de su derecho nacional al caso *iusprivatista*.

Ello derivaba de la gran dificultad de encontrar tribunales internacionales que ofrecieran garantías suficientes de imparcialidad frente a controversias de esta índole y a la insuficiencia misma del derecho tradicional para proveer soluciones de equidad frente a la aparición de las modernas empresas multinacionales, cuyos ingresos y ganancias superan en varios casos a los de muchos países, aun de aquéllos desarrollados e industrializados.

A la inversa, se esgrimió un argumento que merece ser considerado: resulta difícil sostener la aplicación del derecho o la competencia de los tribunales nacionales cuando nuestros países resultan deudores en el orden internacional y pretender el imperio también de nuestro derecho y jurisdicción cuando nuestros países son acreedores internacionales.

⁴ En dicha Reunión el profesor Goldschmidt sostuvo como ponencia que el principio de la exención jurisdiccional de los Estados ante tribunales extranjeros por actos *iuri gestionis* "No existe si el Estado extranjero expresamente renunció a ella en un contrato en el cual aparece también como deudor". Y agregaba: "esta renuncia no es revocable".

⁵ El caso Gronda en el que tuvo significativa actuación el propio profesor Goldschmidt en representación de la Procuración del Tesoro de la Nación, es comentado por el mismo en su obra *Derecho Internacional Privado*, El Derecho, Buenos Aires, 1970, págs. 540 a 547.

Básicamente se trataba en la especie de litigios recíprocos entre Franco Gronda y el Estado nacional como responsable último de los actos de los Bancos Central e Industrial del país, con motivo de negociaciones tendientes a introducir en la Argentina una planta de elaboración de aluminio (en 1947). La aquiescencia original del Estado argentino determinó la apertura de un crédito irrevocable a favor de Gronda que éste logró hacer efectivo en parte.

Luego las autoridades locales iniciaron acción criminal por estafa a Gronda y éste, a su vez en Italia, lo hizo contra el Estado nacional.

Diversas alternativas judiciales incluyeron medidas cautelares dictadas por la justicia italiana contra bienes del Estado argentino, negociaciones diplomáticas y sanción en el decreto-ley 9015/63, en Argentina, del principio de reciprocidad de trato como condicionante de la exención jurisdiccional argentina para las Naciones extranjeras (puede verse para más detalles la obra citada).

⁶ Ver Cap. II, pto. 4.e.

La regla de solución parece encontrarse en la aplicación de los principios de Savigny reguladores de las obligaciones y contratos en el orden extraterritorial.

b) Regla destinada a armonizar la contratación financiera con el orden público internacional

Cuando el *siège* de la obligación —para Savigny— o el “centro de gravedad” —según Gierke— para el cumplimiento del mismo se encuentra en el país receptor del préstamo —caso de los aportes para financiar obras de desarrollo de tales Estados— es decir, que la parte fundamental de su ejecución se encuentra en tal país, su derecho local resulta aplicable y sus tribunales son los competentes.

Es lógico que así suceda, por otra parte, en relaciones jurídicas complejas, el contenido de cuyo cumplimiento económico se desarrolla en casi toda su extensión en el país prestatario, al amparo de sus leyes y normas reglamentarias, en función de intereses muy caros a su comunidad y que, por tanto, su orden público internacional debe resguardar.

Por otra parte, tal es el criterio sostenido por la doctrina anglosajona de la “real *conexión*” para establecer el dominio del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, precisamente en función de su vinculación seria y concreta a un ámbito espacial determinado, el que a su vez se halla sujeto al imperio de un mismo sistema normativo.

La aplicación del derecho o la competencia jurisdiccional del país acreedor de la obligación importaría asumir como punto de conexión del derecho aplicable un lugar cuya vinculación con los efectos naturales del contrato tendría sólo una fuente contractual —generalmente impuesta por el país acreedor y poco discutida por los deudores— pero casi ninguna vinculación seria, efectiva y permanente con la sede de cumplimiento del contrato. Y tal disposición resultaría entonces violatoria del orden público internacional, modalidad *iusprivatista* ordenada para la aplicación del derecho local a extranjeros, con un criterio de justicia, basado en el adecuado equilibrio de las respectivas prestaciones.

Si en cambio, se tratase de un mero contrato de préstamo sin otra vinculación decisiva con el territorio del Estado receptor, el *siège* o asiento de la obligación no sería otro que el del lugar de su ejecución que en este caso sería también el del lugar del pago. Generalmente el pago se verificará o deberá verificarse en el Estado del acreedor y los tribunales de este Estado serán entonces los competentes para resolver los eventuales diferendos como, asimismo, resultará aplicable el derecho del mismo Estado del acreedor para la solución de tales diferendos.

3. LA ACTUACIÓN DE LA EMPRESA MULTINACIONAL

Vasta y compleja es la problemática que deriva de la actuación de esta novedosa forma de agrupamiento económico que, bajo la característica de la organización empresarial, desplaza sus capitales, directivos y técnicos por diversos países del mundo en dimensiones que superan las de los propios Estados nacionales.

Las acciones y reacciones de su modalidad operativa han generado en algunos casos efectos perniciosos en las economías y en las propias relaciones entre los Estados, cuyo carácter ha adquirido niveles de tensión y enfrentamientos nocivos para los partícipes directos, públicos o privados, y poco edificantes para la armonía del concierto internacional de los Estados.

Una Mesa Redonda de alto nivel sobre el "presente estado del Código de Conducta" fue organizada por el Centro de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales en Montreaux, Suiza, los días 3 y 4 de octubre de 1986.

a) Influencia de las empresas transnacionales

Entre sus principales "Reflexiones" (de esta Mesa Redonda) deben destacarse las siguientes:

"...En 1986, el valor total de la inversión extranjera directa realizada por E.T. aumentó a u\$s 700.000.000.000 (setecientos mil millones de dólares).

"El flujo anual ha sido aproximadamente de u\$s 50.000.000.000 y cerca de una cuarta parte se ha dirigido a países en desarrollo, participación que ha ido en declinación.

"Las E.T. son activas en todos los sectores económicos —minerales, energía, agricultura, manufactura y servicios— y son dominantes en numerosas industrias.

"Constituyen los canales más importantes para el comercio, transferencia de tecnología y flujos financieros.

"Más recientemente, las Naciones Unidas también han dirigido especialmente sus estudios a la influencia a ser ejercida por las E.T. en orden a proteger y valorizar el medio ambiente en relación al desarrollo.

"C. Wilfred Jenks ⁷ ha dicho:

"La cuestión fundamental...: la relación entre el interés público y la economía cuando la escala de ésta empequeñece la representación del interés público y la complejidad de la estructura económica escapa al control de cualquier gobierno o sistema legal... *ésta es una cuestión del mismo orden de importancia para el futuro del derecho internacional como el control de la fuerza, el arreglo pacífico de las disputas internacionales, la protección de*

⁷ *Multinational Entries in the Law of Nations in Jessup, Transnational Law in a Changing Society*, Essays Firedman, Columbia University Press, New York, 1972, nro. 80.

los *derechos humanos* y la previsión de un adecuado marco legal para una economía en expansión” (la bastardilla nos pertenece).

b) Formas de organización y constitución

La empresa multinacional constituye básicamente una organización de tipo económico, mediante la asociación de capitales cuantiosos que, a favor de su capacidad financiera, gerencial y fundamentalmente tecnológica, ensanchan cada vez más su mercado operativo extendiéndolo a diversos territorios y naciones.

Generalmente constituidas bajo la forma societaria y anónima, tienen una sede principal —no siempre coincidente con la sede real de actuación—⁸ y diversas filiales o sucursales en distintos países o territorios sujetos a diversas soberanías legislativas⁹.

De tales formas de organización y constitución se procuraba obtener las consecuencias jurídicas propias de cada una de ellas. Así, mientras tanto la filial como la sucursal mantienen una relación de dependencia económica respecto de la sede principal o casa matriz, la filial constituye una entidad o persona jurídica independiente respecto de aquélla, con lo cual las reglas de la responsabilidad por su actuación frente a terceros quedan limitadas al ámbito de tal actuación y al capital de cada una de dichas filiales.

Ha ocurrido —y en nuestro país el caso Swift-Deltec constituye ejemplo de ello— que una misma empresa multinacional, a través de la actuación de diversas filiales de la misma, con un mismo objetivo económico, haya aparecido como acreedora o deudora de una de sus filiales con perjuicio señalado a los restantes acreedores locales. Éstos, concurriendo, a su vez, a la quiebra de una filial se verían postergados por otros acreedores de mejor derecho que, sin embargo, no eran sino agentes o representantes de filiales de la misma empresa, la que resultaba así defraudando el crédito público del Estado de su actuación.

⁸ Aquí puede originarse un problema de fraude a la ley cuando el domicilio elegido para sede principal o casa matriz de la empresa multinacional difiere ostensiblemente del de su sede real y ello se realiza a fin de obtener ventajas económicas de tipo fiscal, impositivas u otras que el Estado de la sede real habitualmente no concede. Véase al respecto y en el caso del Mercado Común Europeo, nuestros *Estudios sobre Integración Económica, Social y Jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 59 y 60.

⁹ Como lo explicamos en nuestro trabajo “La Parte General del Derecho Internacional Privado”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, nro. 28, de 1972, el derecho interregional es parte integrante del derecho internacional privado y se regula por las normas de éste.

c) Limitación y extensión de su responsabilidad

Este exceso jurídico deriva de la vigencia irrestricta del tradicional principio de limitación de la responsabilidad, válido para un sistema clásico del comercio y las relaciones internacionales, pero insuficiente para regular el complejo accionar de estas nuevas entidades que, expandiendo sus relaciones por el mundo, aprovechan todas las ventajas del derecho para satisfacer su forma operativa y sus propósitos de lucro.

d) El Convenio argentino con Saab Scania AB de Suecia

A la corrección de tal abuso ha estado dirigido el *principio de extensión de la responsabilidad* instrumentado por primera vez en nuestro derecho con el Convenio celebrado entre Saab Scania AB de Suecia, su filial Saab Scania de la Argentina, las empresas Cametal S.A.I.C. y Prati, Vázquez Iglesias S.A. y el Ministerio de Industria de la Nación, homologado por el decreto 6564 del 26 de septiembre de 1972, con el fin de la instalación en la provincia de Tucumán de una planta industrial para la fabricación de chasis para camiones pesados, cajas de cambio, palieres, carrocerías, acoplados y semirremolques, además de otras piezas.

En el punto 14 de dicho Convenio se estableció: “*Extensión de la responsabilidad*: La responsabilidad emergente de las obligaciones contraídas por la Compañía (Saab Scania de Argentina, filial) en el presente Convenio será asumida en forma conjunta y solidaria por la Compañía y el inversor extranjero (Saab Scania de Suecia Casa Matriz)”. De tal forma se eliminaba toda posible elusión de la responsabilidad en su actuación normal o en caso de quiebra por el recurso al principio de la limitación de la responsabilidad por parte de la empresa matriz, inversora de capital en su filial Argentina. Es de destacar que la extensión de la responsabilidad se formulaba en el Convenio de Saab Scania en términos ilimitados, dado que el total de la inversión del capital originario de Saab Scania Argentina pertenecía a su casa matriz.

Erróneamente el principio se introdujo sin variaciones en nuestra penúltima Ley de Inversiones Extranjeras 20.557 de 1973, artículo 30, sin advertirse que el mismo principio debe aplicarse en función del monto del capital aportado a la filial por la casa matriz o empresa principal, pues, de lo contrario, se estaría imponiendo al inversor extranjero una responsabilidad exorbitante en casos en que su participación en el capital de la empresa local fuera sólo minoritario.

Debió pues aclararse en el texto de la ley, como lo sugiriéramos durante el debate parlamentario, que la responsabilidad solidaria emergente de las obligaciones contraídas por la sociedad receptora alcanza al inversor extranjero en proporción al monto de su inversión. El artículo 21 de la actual Ley de

Inversiones Extranjeras 21.382 extiende la responsabilidad al inversor extranjero en la forma y condiciones que determine la reglamentación a dictarse.

Pero, volviendo al Convenio con Saab Scania, cabe señalar que la discusión de sus cláusulas no fue de trámite simple. La sólida argumentación de los representantes de la empresa sueca, señores Bertil Hamvik y Héctor O. Elliot se apoyaba en la tesis reciente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico Europeo (O.C.D.E.) que había afirmado el principio limitativo de la responsabilidad.

Nos tocó refutar tal argumento en razón de desempeñar por entonces el cargo de director nacional de Inversiones Extranjeras y participar así en nombre del Estado argentino de la antedicha discusión.

La Argentina, sostuvimos, ha cumplido invariablemente sus compromisos públicos y privados internacionales satisfaciendo íntegramente los pagos de su deuda y las indemnizaciones legal o judicialmente establecidas. No puede pues dudarse de la seriedad con que asume sus obligaciones respectivas, sin otra finalidad jurídica que su entero cumplimiento.

A su vez, agregamos, la empresa sueca cuya envergadura económica y seriedad internacional estaba fuera de toda duda, habría de ratificar clara y recíprocamente su propósito de cumplir fielmente los compromisos asumidos por su filial en la Argentina, constituida inicialmente con el capital sueco de la matriz, asumiendo también la responsabilidad emergente de las obligaciones contraídas por aquélla.

Esta argumentación decidió el controvertido punto y el principio de extensión de la responsabilidad adquirió fuerza normativa, cuya legitimidad surge sólidamente afianzada, por derivar de un acuerdo contractual entre la empresa inversora y el país receptor del capital, y no de una imposición unilateral de éste.

La recíproca conveniencia, y fundamentalmente la decisiva seguridad jurídica para los terceros que se vinculen a la empresa multinacional, resultaron pues los factores dirimientes, como debe ser regla de las relaciones iusprivatistas internacionales.

La correcta generalización del principio de la extensión de la responsabilidad —erróneamente transcripto en las últimas leyes de inversiones extranjeras— para la actuación de las empresas multinacionales tomará ilusoria la reedición de un nuevo caso Swift-Deltec en la Argentina.

En cuanto a las modalidades que deben asumir las empresas multinacionales en la cooperación económica internacional, recientes trabajos de expertos de las Naciones Unidas vienen a demostrar tanto la preocupación general sobre el tema, cuanto la necesidad de encauzar la acción de estas modernas entidades y conjurar sus efectos perniciosos.

Algún intento de influir políticamente en el país de su radicación por una empresa multinacional, reconocido públicamente por las autoridades del país

de su sede (caso de la International Telegraph and Telephone en Chile), o la más acostumbrada práctica de recurrir a represalias económicas, barreras aduaneras o tarifas arancelarias como castigo a medidas de nacionalización o expropiación implementadas por los Estados locales sobre bienes de extranjeros, no mediando, en el criterio de éstos, una justa indemnización correlativa, son los factores más álgidos de la relación del mundo en desarrollo con las empresas multinacionales ¹⁰.

A ello se agrega la brecha cada vez más pronunciada en materia de conocimientos tecnológicos entre unos y otros, lo que aumenta a su vez la brecha del desarrollo económico y social, fundamental motor del bienestar de los pueblos.

Es preciso, pues, encontrar reglas jurídicas que permitan satisfacer los intereses recíprocos, garantizando la estabilidad y continuidad de los compromisos y derechos adquiridos, pero consolidando a la vez, el más amplio y pleno poder soberano de decisión de los Estados nacionales en las materias que afectan a su orden público internacional.

e) El problema en relación con los Estados

Las reglas concernientes a las empresas privadas, ¿son aplicables a los sujetos públicos de derecho, como ser los Estados?

Y más específicamente: ¿cuándo ellos (los Estados) actúan como partes contratantes en relaciones legales que involucran a empresas privadas?

Por ejemplo, Estados que garantizan deuda externa u otros compromisos adquiridos por empresas privadas o individuos.

O Estados que tienen calidad de acreedor en un acuerdo bilateral con un individuo (entre otras posibles hipótesis).

f) El fin de justicia

La regla de Derecho aplicable será la que regule adecuadamente el comportamiento de intereses públicos y privados a fin de alcanzar un objetivo razonable de justicia; esto también entendido como medio de evitar abusos, tales como el referido a "la posición dominante en el mercado", o delitos de difícil prueba como el soborno o la extorsión ¹¹, como asimismo situaciones en que la regla aplicable preexistente al caso específico previo y punible es insuficiente o no ejecutable.

¹⁰ En este último sentido, la reciente Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de América (*Trade Act of 1974*, Public Law 93-618; *Laws of the 93rd. Congress - 2nd. Session*, U.S.A.).

¹¹ Ver *Works of the Comission of the United Nations on Transnational Corporations and Corrupt Practices*, Simmonds, *Multinational Corp.*, vol. I, Boston's Law.

En realidad, ambos, Estados y empresas o individuos pueden incurrir en tales conductas ilegales susceptibles de dañar intereses legítimos o derechos adquiridos, *vested rights*, según la expresión de Dicey y Morris ¹².

g) Crisis del petróleo y posterior desarrollo del Derecho y la economía internacionales

Un ejemplo de lo antedicho es la crisis del petróleo y sus efectos en el orden económico internacional.

En un principio existió una creciente inflación y recesión en muchos diferentes países afectados por el alza unilateral de los precios del petróleo dispuestos por los jeques árabes.

Al mismo tiempo estos últimos, con su nueva riqueza resultante de dicho aumento, se encontraron con un extraordinario incremento de dinero que debía ser invertido de algún modo y en algún lugar.

La inversión correlativa tuvo lugar en los mismos países industrializados y desarrollados que, a consecuencia de los precios del petróleo, se habían convertido en deudores de los Estados productores de petróleo.

h) Aumento de las tasas de interés

Algunos años después, otra decisión unilateral, esta vez adoptada por la Reserva Federal de los Estados Unidos en 1982, como también por otros bancos centrales de países acreedores, aumentaron la tasa de interés de acuerdos de préstamos vigentes y afectaron al mismo tiempo a naciones e individuos que se hallaban endeudados en moneda estadounidense.

Ello contribuyó al crecimiento astronómico de la deuda externa del denominado Tercer Mundo.

Ambas conductas fueron —sin embargo— unilaterales y formalmente legales.

Pero ninguna de ellas parece justa o legítima, ni tampoco adecuada para alcanzar el mencionado objetivo de justicia.

Algunas respuestas a este tipo de comportamientos han sido dadas por decisiones internacionales de la economía o de los gobiernos.

En un caso fue el aumento de los precios; en otros el aumento en el valor del dinero.

i) La opinión de Kissinger

El ex secretario de Estado, Henry Kissinger, ha dicho:

¹² *On the Conflicts of Laws*, London, 1973.

“Ninguno de los mayores países deudores podrá simultáneamente pagar sus deudas, lograr estabilidad económica y mantener su equilibrio político y social”.

Por su parte y ya en el siglo XVIII, el famoso economista escocés David Hume decía:

“Si los abusos de los tesoros (sostenidos por el Estado) resultan peligrosos por comprometer al Estado en arduos emprendimientos en confianza de sus riquezas, los abusos de hipotecar resultan más ciertos e inevitables; pobreza, impotencia y sujeción a poderes extraños... Es muy tentador, para un ministro emplear tal expediente que le permita hacer una gran figura durante su administración sin sobrecargar al pueblo con impuestos ni excitar cualquier clamor inmediato contra sí mismo.

“La práctica, por lo tanto, de contratar deuda será casi infaliblemente abusada por cada gobierno.

“Sería poco más imprudente dar un crédito a un hijo pródigo en cualquier negocio bancario de Londres que dar poder a un hombre de Estado a fin de emitir billetes de esta manera para la posteridad”.

j) Descripción de Letterman

Según la opinión de Letterman: “...Un repaso de cómo se originó la deuda externa es esencial para comprender las posiciones de las partes.

“En 1972, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) puso en vigor un aumento de siete veces en el precio internacional del crudo mediante el ejercicio abusivo de su poder monopólico sobre tal recurso petrolífero.

“Se produjo una gran preocupación en los círculos de gobierno por el posible colapso del sistema financiero internacional en razón de las masivas transferencias de capital industrial de los países industrializados a los productores de petróleo, transferencias que resultarían del precio internacional del crudo, así grandemente incrementado.

“Los bancos fueron entonces urgidos a reciclar los petrodólares induciendo su depósito en los propios bancos de los países industrializados.

“Así lo hicieron y los bancos depositarios fueron entonces compelidos a encontrar prestatarios para los petrodólares depositados.

“Estos prestatarios debían estar dispuestos a ofrecer tasas de interés más altas que aquéllas pagadas a los depositantes a fin de que los bancos pudieran mantener su solvencia.

“Las regulaciones estadounidenses los ayudaron a hacerlo al permitir a los bancos efectuar préstamos a beneficiarios individuales en exceso de los límites de préstamo aplicables, conforme a una lectura más estricta y usual de las regulaciones.

”Según el Banco Mundial, entre 1970 y 1984, las más importantes deudas de mediano y largo plazo de los países en desarrollo crecieron casi diez veces hasta un total de u\$s 686.000.000.000 (seiscientos ochenta y seis mil millones de dólares).

”Los préstamos de la banca comercial a países en desarrollo crecieron durante este período en un 15% en 1970 y 36% en 1983.

”En los países en desarrollo, la proporción de la deuda en el Producto Bruto Nacional (P.B.N.) creció del 14% en 1970 al 20,5% en 1982.

”Los pagos de intereses por los países en desarrollo crecieron del 0,5% del P.B.N. en 1970 al 2,8% en 1984. Mediante el incremento de sus préstamos a los países en desarrollo, los bancos administraron un exitoso reciclaje de petrodólares y sintieron una justificada satisfacción por dicho éxito. Ellos habían salvado, después de todo, el sistema financiero internacional y pudieron bien asumir que lo habían hecho en parte como un servicio público prestado como respuesta a la solicitud de sus propios gobiernos.

”Lamentablemente, los últimos prestatarios resultaron frecuentemente no merecedores de crédito y los términos de los préstamos muchas veces no fueron saludables.

”Estos préstamos fueron hechos comúnmente y en términos generales a gobiernos nacionales, sin requerimiento de que fuesen usados para propósito específico alguno y sin ser contabilizados por los prestatarios el destino de tales préstamos...”.

“...Los precios internacionales del crudo amenazaron su declinación en 1982 y México declaró rápidamente su imposibilidad de efectuar pagos contra sus préstamos internacionales.

”Otras naciones hicieron pronto similares declaraciones. La crisis de la deuda había empezado...”¹³.

k) Responsabilidad del causante. Daños

Existe un principio bien conocido de Derecho, según el cual aquel que causa un daño a otra persona es responsable de reparar el daño causado.

Ello, desde luego, a menos que el daño consecuente y su perjuicio fueran el resultado de un comportamiento necesario; por ejemplo, el daño personal causado por otro por el ejercicio del derecho de defensa propia, en el caso de alguien atacado o en peligro, o la gestión de negocios de los romanos (*negotiorum gestio*) con una consideración similar respecto del contrato de mandato en casos en que, por ejemplo, es necesario salvar del fuego la casa del vecino.

¹³ Véase LETTERMAN, *Law of Private International Business*, I.L.S. Library, Harvard, 1990.

l) Derechos de las personas damnificadas

Pero, excluyendo estas excepciones derivadas del estado de necesidad, el daño causado a un tercero debe ser considerado en principio ilegal y la persona damnificada con derecho a una compensación justa, especialmente cuando los bienes a la propiedad involucrados no pueden ser vueltos a su estado o condición anterior.

m) Extensión de la adecuada responsabilidad a la casa matriz.

Caso de la "Union Carbide" de la India

Un ejemplo muy interesante de daño internacional es el causado por la planta de pesticidas de la compañía Union Carbide en 1984.

El 3 de diciembre de dicho año, en Bhopal, India, se derramó gas tóxico methyl isocyanatizado de una planta de pesticidas de la Union Carbide India Limited, subsidiaria en un 50,9% de la Union Carbide Corporations.

Vientos prevalecientes llevaron este gas sobre poblaciones en sectores adyacentes de Bhopal.

Tanto como tres mil trescientas personas murieron, y cuarenta mil más resultaron gravemente heridas.

El hecho es generalmente considerado como el más grande desastre industrial.

El 2 de enero de 1985, todos los casos federales derivados de este hecho fueron acumulados ante la Corte de Distrito Federal del Distrito Sur de Nueva York y todos los casos individuales fueron acumulados en una demanda presentada el 8 de junio de 1985.

El 29 de marzo de 1985, el Gobierno de la India había sancionado una ley titulada "El Desastre del Derrame de Gas en Bhopal" (Proceso de Reclamos) que daba a dicho gobierno el derecho exclusivo de representar a los demandantes indios en la India y en todo lugar en relación con este hecho.

El 8 de abril de 1986 el Gobierno indio demandó a la Union Carbide ante la Corte del Distrito Federal Sur de Nueva York y reclamó ser el único representante legal legitimado de las víctimas de Bhopal.

Un ofrecimiento de arreglo fue efectuado por la Union Carbide a la Corte por 350.000.000 dólares, pero dicho ofrecimiento fue rechazado por la India.

El 12 de mayo de 1986, un juez federal de distrito rechazó los casos estadounidenses (*re* "Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal", 634 F. Supp. 842) a consecuencia de una moción de *forum non conveniens* planteada por Union Carbide (U.C.).

Esta reconoció estar sujeta a la jurisprudencia de las Cortes de la India y, consecuentemente, estar obligada a satisfacer cualquier decisión tomada por una Corte india.

U.C. también aceptó renunciar defensas basadas en cualquier régimen de prescripción a la vez que someterse al régimen de pruebas según el modelo de las Reglas Federales Estadounidenses de Procedimiento Civil.

El rechazo se produjo contra la oposición de los abogados americanos de actores —o demandantes— indios.

El 9 de septiembre de 1986 el Gobierno indio demandó a la U.C. Company en la Corte de Distrito de Bhopal (B.D.) en representación de las víctimas y reclamó 3.300.000.000 de dólares en daños.

Alrededor de quinientas veintitrés mil personas reclamaron finalmente en dicha Corte.

La India presentó cargos criminales acusando a U.C., a varias de sus subsidiarias y a diez de sus directivos de “homicidio culpable” a raíz de este hecho.

A fines de 1986, la Corte Suprema de la India, con una demanda pendiente de la Union Carbide, decidió en otro caso que una sociedad multinacional comprometida en una actividad riesgosa en la India “es absolutamente responsable” por los daños derivados de un accidente, sin considerar si la sociedad fue, por sí, de algún modo negligente.

El caso fue finalmente resuelto condenando a la compañía en u\$s 470.000.000, cuyo pago ésta efectuó. El más serio desafío para el acuerdo derivó en diversas peticiones cuestionando el derecho constitucional del Gobierno de la India para representar a las víctimas.

La subsidiaria india de la Union Carbide pagó 45.000.000 del acuerdo. Los restantes 425.000.000 fueron pagados por la U.C. Company de los Estados Unidos.

Algunos periodistas calcularon que cada víctima recibiría un promedio de u\$s 14.460.

Esto es, cerca de cincuenta veces el Producto Nacional Bruto *per capita* de la India y es equivalente a un premio de un millón de dólares por persona en los Estados Unidos ¹⁴.

Algunos de los principales aspectos de este gran caso de daños, podrían ser resumidos así:

n) Resumen de los principales aspectos

a) La Union Carbide Co., una compañía americana, prefirió litigar en los tribunales indios y no en los americanos.

Por esta razón fue planteada la moción del *forum non conveniens*.

b) La extensión de la responsabilidad por el desastre en la India fue introducida *ex post facto* y, según esta extensión ambas sociedades, la matriz y

¹⁴ Ver LETTERMAN, *op. cit.*, 7.8.

su subsidiaria fueron condenadas (véase más abajo la diferencia sobre extensión de la responsabilidad con el acuerdo de Saab Scania).

c) Una particular diferencia entre este caso y algunos otros de características similares como los de Barcelona Inc. y el Banco de Londres y Río de la Plata *vs.* Provincia de Santa Fe, Argentina (ver *infra*, nro. 3. ñ) se debió al hecho de que en el caso indio los daños fueron de una gran magnitud debido al gran número de muertos y heridos que produjo éste.

Tal parece haber justificado que el Gobierno indio aceptara la representación de intereses particulares de individuos.

Por otra parte, corresponde mencionar los criterios de la Corte Internacional de Justicia (en el caso Barcelona Traction) y las doctrinas latinoamericanas de Carlos Calvo y Bernardo de Irigoyen, rechazando: 1) la intervención extranjera para el cobro compulsivo de las deudas (Calvo y Drago); 2) la protección diplomática en un caso, habiéndose alegado para obtener tal protección, la existencia de denegación de justicia (Irigoyen).

ñ) “Expropiación encubierta”

Barcelona Traction's case 1936-1970 (Corte Internacional de Justicia)

El caso fue llevado por Bélgica contra España “sobre la base de actos tenidos como contrarios al derecho internacional y cometidos por órganos del Estado español, incluyendo la privación del goce de derechos y conduciendo — de acuerdo a Bélgica— a la total expoliación del Grupo Barcelona Traction”.

o) Hechos resumidos

La Barcelona Traction (B.T.), compañía de Luz y Fuerza, una compañía *holding* canadiense, fue incorporada en 1911 al derecho de Toronto donde mantuvo su dirección principal.

Después de la Primera Guerra Mundial, un alto porcentaje de la participación en el capital de Barcelona Traction fue mantenido por nacionales belgas, tanto personas físicas como jurídicas.

B.T. había emitido varias series de bonos, algunos en pesetas pero principalmente en libras esterlinas; el servicio de los bonos en ambas monedas fue suspendido por el gobierno en 1936 debido a la Guerra Civil española.

Las posteriores transferencias al exterior fueron también suspendidas en 1940.

En 1948, tres tenedores españoles de bonos en libras de B.T. demandaron, exitosamente, ante un tribunal español, la declaración de quiebra de la compañía por falta de pago de los intereses de los bonos.

En 1949, síndicos de la quiebra efectuaron la creación de nuevas participaciones para las compañías subsidiarias, cancelando todas las participaciones mantenidas fuera de España.

Posteriormente, produjeron la transferencia de dos de las direcciones de las subsidiarias canadienses desde Toronto a Barcelona. Finalmente, en 1951, los síndicos solicitaron autorización legal para ofrecer para la venta todo el capital societario de las compañías subsidiarias bajo la forma de nuevas participaciones a crear.

Estas participaciones fueron compradas en subasta pública por una nueva compañía española, que adquirió así el control completo de la empresa situada en España.

La disputa, luego de una serie de litigios ante diversos tribunales españoles y diversos intentos fallidos de arreglo, fue finalmente sometida unilateralmente por Bélgica a la Corte Internacional de Justicia por una solicitud de fecha 15 de setiembre de 1958.

La decisión final de la Corte, tomada el 5 de febrero de 1970, sostuvo la tercera objeción preliminar española: el Gobierno de Bélgica carecía del necesario *ius standi* para perseguir el reclamo pues un perjuicio a los intereses de los accionistas resultante de otro perjuicio, alegado, a los derechos de una sociedad que posee la nacionalidad de un tercer Estado, no constituye suficiente motivo para el ejercicio de la protección diplomática por el gobierno de los accionistas extranjeros mayoritarios.

p) *American Restatement of the Foreign Relations*

Por su parte, *The American Law Institute's Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* en su Sección 185 dice: "El apoderamiento, por un Estado, de la propiedad de un extranjero es ilícita según el derecho internacional, si:

"a) tal apoderamiento no es para un propósito público;

"b) no existe razonable previsión para la determinación y pago de justa compensación, de acuerdo a la definición de la Sección 187 ('adecuada', 'pronta' y 'efectiva') según el derecho y la práctica vigentes en el Estado al tiempo de la apropiación, o

"c) la propiedad se halla simplemente en tránsito en el territorio del Estado, o ha sido de otro modo temporariamente sometida a su jurisdicción y no es requerida por el Estado en virtud de una seria emergencia".

Y es en la precisión del contenido del concepto de orden público donde ha de encontrarse luego el marco jurídico adecuado a una actuación positiva de la empresa multinacional.

q) Reglas destinadas a armonizar la actuación de la empresa multinacional con el orden público internacional

Para ello es menester que:

1º) Las reglas jurídicas reguladoras de las respectivas relaciones y las condiciones económicas de las mismas ofrezcan una total y absoluta claridad y transparencia públicas, a fin de que los respectivos Estados y empresas puedan saber acabadamente el consenso o disenso que aquéllas provocan en el país de su actuación.

2º) La actuación de la empresa multinacional se subordine a las pautas y criterios fijados por el país de tal actuación y se limite a los objetivos específicos así determinados, sin intromisión alguna en otros aspectos de la vida del Estado local.

3º) La total independencia de los funcionarios públicos del Estado local que actúen en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, de todo interés vinculado a la actuación de empresas multinacionales ¹⁵.

4º) Que las eventuales controversias derivadas de la actuación de la empresa multinacional sean resueltas en primer término por lo establecido en los acuerdos respectivos y supletoriamente, por el derecho local del país de su actuación, que deberá asegurar en todos los casos las normas del debido proceso, el derecho a la defensa y la garantía de la propiedad privada, requiriéndose, para su expropiación, ley previa que declare la respectiva causa de utilidad que la determina.

5º) La jurisdicción competente para decidir finalmente tales controversias debe ser la del Estado local de actuación de la empresa multinacional en cada caso y en razón de las operaciones económicas y comerciales realizadas en el mismo.

6º) Debe crearse un Centro Internacional de Información y Adiestramiento sobre todo lo relativo a la actuación de las empresas multinacionales con especial participación de los países en vías de desarrollo y que incluya principalmente los conocimientos tecnológicos alcanzados por los distintos países y empresas multinacionales; asimismo, estaría encargado de facilitar la provisión de personal técnico especializado para el adiestramiento de técnicas locales de cada uno de los Estados.

Las reglas antedichas integran el orden público internacional idóneo para la aplicación del derecho local a las empresas multinacionales, a fin de asegurar el adecuado equilibrio de las respectivas prestaciones.

¹⁵ En este punto resultan particularmente ilustrativas las Pautas recomendadas el 23-VI-1976 por la Organización Europea para la Cooperación y el Desarrollo (O.C.D.E.) a sus Estados miembros para la actuación de las empresas multinacionales.

4. INVERSIÓN DE CAPITALES EXTRANJEROS

Como señalábamos al referirnos a la contratación financiera internacional, existe una forma más deseable de la cooperación económica externa que no debe amortizarse ni devengar intereses, como ocurre en el caso del préstamo financiero. La radicación de capitales extranjeros complementa las posibilidades, a menudo insuficientes, del ahorro interno, permite a los países lograr una mayor producción industrial y tecnológica satisfaciendo los reclamos de su mercado interno, y sustituye el egreso de divisas, generalmente negativo para su balance de pagos.

Como la actuación de la empresa multinacional, la inversión de capitales extranjeros —modo también de actuación de dicha forma empresaria— involucra riesgos económicos y políticos a la soberanía e independencia de los Estados y requiere de reglas jurídicas eficaces que permitan en la práctica el logro de la finalidad del derecho internacional privado: contribuir a la realización del orden internacional, mediante el afianzamiento de la certeza y seguridad en las relaciones entre individuos y personas jurídicas sometidas al imperio de más de una soberanía legislativa.

Nuevamente aquí, viene a cumplir un papel preponderante el concepto del orden público internacional como modalidad específica de aplicación del derecho local a extranjeros, y con especial relevancia en este tipo de relaciones económicas internacionales.

La inversión extranjera supone, en principio, una contribución o aporte de capital realizado por un titular radicado en el extranjero ¹⁶, en una sociedad receptora de tal aporte, constituida en el Estado local y de conformidad a sus leyes.

El monto del aporte de la inversión extranjera puede variar en sus porcentajes, variando consecuentemente, según sea dicho monto, el carácter extranjero, mixto o nacional de la sociedad receptora de tal inversión.

El grado de evolución, primordialmente en las áreas industrial y tecnológica de los Estados, ha de indicar la extensión de los sectores donde el concurso del capital extranjero resulte necesario y susceptible de aportarse en condiciones no competitivas ni sustitutivas, sino complementarias del capital nacional.

Pero el aspecto o los aspectos fundamentales en torno de los cuales ha de girar el carácter benéfico o negativo de la inversión extranjera, está en definitiva constituido por el aporte real que signifique a la economía del país en función de los siguientes posibles criterios básicos:

¹⁶ El concepto de titular extranjero involucra la idea de que la dirección efectiva de la inversión y el giro sucesivo de los negocios generados a partir de la misma han de estar dirigidos desde el exterior.

a) Criterios básicos

1) El saldo neto de divisas que resulte para el balance de pagos y consiguientemente:

- a) La sustitución de importaciones que determine.
- b) El eventual incremento del caudal de exportaciones.
- c) El aporte tecnológico que brinde al Estado de su recepción.
- d) El factor que pueda desempeñar como multiplicador de su economía.

A ello pueden agregarse, entre otras, pautas como la *descentralización geográfica* —de fundamental importancia en nuestro país— la *asociación con capital nacional* y la *incorporación de personal del Estado local de su actuación*.

¿Cómo se logra la certeza del inversor extranjero, el pleno contralor por el Estado local y un beneficio razonable para ambos en el trámite del proyecto de inversión y en el posterior proceso de la actividad económica ya radicada?

b) Convenio de inversión

En primer lugar, a través de una legislación específica que, asignando las respectivas prioridades de sectores y zonas a invertir, prevea la regulación de las relaciones jurídicas de la inversión a través del instrumento del convenio.

Este acuerdo contractual entre el inversor extranjero y la sociedad receptora de su inversión, por una parte, y la autoridad de aplicación del Estado local, por la otra, asegura una base jurídica de sustentación discutida y acordada y, por lo tanto, con un alto grado de idoneidad para satisfacer los intereses y expectativas de ambas partes.

c) Derecho aplicable y jurisdicción competente

Las reglas de dicho convenio son las que han de regular el desenvolvimiento de la actividad extranjera inversora en el país y sólo supletoriamente a las mismas habrá de aplicarse el derecho local del país de su actuación.

Asimismo, como lo ya expresado al referirnos a la actuación de empresas multinacionales, deberán ser competentes para entender en las eventuales controversias, derivadas del convenio de inversión, los tribunales del Estado local de actuación del inversor extranjero.

En cuanto a las modalidades de inversión del capital extranjero las mismas deben revestir un carácter amplio que permita el flujo de capitales en sus diversas formas:

d) Modos de inversión

- Bienes de capital y sus repuestos.
- Maquinarias.

- Divisas.
- Capitalización de créditos externos.
- Reinversión de utilidades y fundamentalmente;
- *Bienes inmateriales* o aporte de capital en *tecnología*, aspecto éste donde se produce la mayor brecha que repara el crecimiento de los países en desarrollo de aquéllos industrializados y más evolucionados.

e) El aporte tecnológico

Esta modalidad de radicación del capital extranjero, excluida en la anterior la ley argentina 20.557 de 1973, admitida posteriormente por vía de excepción en la ley 20.794 sobre transferencia de tecnología, artículo 15 y nuevamente incluida en la Ley de Inversiones Extranjeras vigente, 21.382 de 1976, artículo 3º, inciso 5º, constituye el medio idóneo para eliminar, en la medida mayor de nuestras posibilidades, la transferencia al exterior en concepto de regalías o *royalties*, cuyo egreso del país significa en muchos casos un permanente deterioro a su balance de pagos.

En el Convenio de Saab Scania, mencionado más arriba, se estableció en su punto 9-3) la obligación conjunta del inversor extranjero y de su sociedad receptora de “en ningún caso transferir suma alguna al exterior en concepto de contraprestación por asistencia técnica, cesión de licencias, transmisión de conocimientos o cualquier otra forma de contribución tecnológica”. En rigor, la prohibición antedicha tenía como contrapartida y justificativo a la vez, la propia capacidad tecnológica del inversor extranjero que se comprometía a incorporar en los vehículos y motores de la filial argentina la más moderna tecnología que fuera alcanzada por el mismo inversor extranjero, en materia de diseños y últimos modelos de vehículos y motores de su fabricación.

A la vez, en la Ley de Inversiones Extranjeras 20.557 siguiendo la doctrina de la Corte Suprema en el caso Parke-Davis, se estableció en el artículo 26 *in fine* que la transferencia en concepto de pagos por tecnología entre las filiales subsidiarias y la casa matriz debe regularse por las reglas que rigen el aporte y sus utilidades.

La actual ley 21.382 deriva la solución respectiva a las disposiciones que contemple la Ley de Transferencia de Tecnología.

Pero, en rigor, no existe ni puede existir relación contractual entre el inversor extranjero mayoritario y su sociedad o filial receptora al margen de las reglas fijadas en el convenio de radicación, pues, en definitiva, se trata de una misma relación, la de inversión, cuya contrapartida está dada precisamente por la posibilidad de transferir utilidades al exterior y aun de repatriar el capital.

No podría el inversor extranjero, participe del capital accionario de la sociedad receptora de su inversión, tener con la misma una relación diversa a la

del aporte de su capital, que consistiera en arriendo, cesión a locación de tecnología con derecho a un pago adicional de regalías.

Si así fuera, se estaría modificando la naturaleza jurídica del convenio de inversión —aporte de capital a una sociedad— al introducirle una modalidad que lo alteraría en su esencia —locación de tecnología— lo que además perjudica sensiblemente la posición externa de los Estados locales en su balance de pagos.

Por tanto, *lo que debe quedar prohibido*, en términos generales, es el pago por conceptos de tecnología, regalías o *royalties* de la filial o sociedad receptora al inversor extranjero mayoritario, en el capital de dicha filial.

f) Otras reglas específicas sobre exportaciones y reinversiones

En cuanto a las restantes reglas específicas que, en materia de derecho de inversión, aseguran el equilibrio de las contraprestaciones recíprocas y, por tanto, afianzan el poder de decisión de los países receptores de la inversión, *deben destacarse*:

— los compromisos de exportar productos manufacturados o resultados técnicos derivados de la actividad inversora como modo de contribuir a obtener un saldo neto favorable de divisas; y

— el compromiso del inversor extranjero de reinvertir sus utilidades en el país, durante un período necesario para asegurar la estabilidad de la inversión, evitando así los inconvenientes que pudieran derivar por la transferencia de aquéllos al exterior, en dicho período.

Tales reglas deben sumarse a las ya mencionadas normas de extensión de la responsabilidad, prohibición de pago de regalías entre sociedad receptora e inversor extranjero y aplicación subsidiaria al convenio del derecho del país receptor de la inversión por sus órganos judiciales competentes.

g) El Registro de Inversiones Extranjeras

Por último, una importante modalidad de contralor y garantía está dada por el Registro de Inversiones Extranjeras, creado y recreado en la Argentina por las leyes 14.222, 19.151, 20.557 y 21.382, mecanismo que permite, una vez autorizada la inversión extranjera nueva o inscrita en el Registro —si se trata de radicaciones anteriores— transferir utilidades al exterior y repatriar el capital en las condiciones establecidas en el convenio o autorización pertinente. Las mismas deben atender, en todos los casos, la posición de divisas del país de inversión, cuidando de no afectar el sector externo, normalmente vulnerable de su economía, en el desenvolvimiento de las relaciones internacionales modernas. A la vez que cumple, pues, la función de requisito necesario

para gozar de los beneficios del régimen de inversiones extranjeras —repatriación del capital y remesa de sus utilidades— el Registro obtiene una finalidad estadística de importancia: permite conocer la realidad económica del capital extranjero en el país, sus titulares, movimientos y transferencias y, en definitiva, su carácter positivo o negativo para la economía local. En nuestro país desde la sanción de la Ley de Convertibilidad 23.928 el Registro carece de virtualidad práctica en razón de no existir —hasta la fecha— intervención del Estado en la política cambiaria.

h) La inversión extranjera y la política económica en los países receptores

Entre estas leyes, llamadas regulatorias, encontramos, por ejemplo, algunas respecto de las inversiones extranjeras que garantizan al inversor el derecho a transferir sus utilidades al extranjero, cuando la inversión se hallare registrada ante la autoridad local.

Por otra parte, también encontramos entre las leyes regulatorias de los derechos constitucionales, otras previsiones legales que garantizan la necesaria participación de ciudadanos locales en compañías financieras o de seguros, entre otras; como, asimismo, la preferencia en favor de empresas locales para la compra de repuestos por los Estados locales.

Algunas de estas reglas y principios parecen influenciadas por criterios estatistas o nacionalistas, ambos aparentemente en disminución en el presente.

En este sentido, la tendencia a la privatización en diferentes economías ha suprimido o reducido la fuerza de aquellas regulaciones.

Como ya lo expresáramos, desde el plan de convertibilidad de la moneda de 1991, en la Argentina no existen restricciones cambiarias y consecuentemente los convenios-modelo sobre inversiones extranjeras suscriptos —con Alemania entre otros— han eliminado toda forma de limitación a las transferencias de fondos al exterior.

Sin embargo, esta tendencia a la privatización, un rasgo característico mundial de los últimos años, no es aún una constante definitivamente aplicable. En realidad, hay en el presente nuevas tendencias políticas hacia el socialismo, nacionalismo y aun el comunismo, en diferentes países de Europa, como también en China y Cuba entre otros; aunque ellos traten de guiar sus economías hacia una mayor liberalización, es bien conocido lo difícil que es que coexistan en armonía la libertad económica y el autoritarismo político.

i) Proceso de privatización económica. El caso de Aerolíneas Argentinas

Los vicios en que se incurriera en su privatización luego de 1990 (hasta entonces Aerolíneas era una empresa de propiedad del Estado argentino) detuvieron, por ejemplo, una tendencia similar a la privatización en el Uruguay.

En el caso de Aerolíneas Argentinas, Iberia, la aerolínea española que adquirió la mayoría de su paquete accionario, ha sido acusada por el Gobierno argentino de haber faltado a su compromiso de invertir nuevos capitales en la empresa.

Esta situación tan particular y poco clara, abstuvo al Gobierno uruguayo de dar pasos positivos hacia la privatización.

j) Brasil y el Mercosur

En otro caso, los cambios extremos en la Constitución de Brasil de 1985 hacia el socialismo han creado condiciones difíciles en este país (que llegó a sufrir en 1994 una inflación anual del 2.000%), especialmente en lo relativo a sus compromisos con Argentina, Uruguay y Paraguay, sus otros tres socios en el Mercosur.

k) Sociedades extraterritoriales y certeza del derecho aplicable

Esta antigua razón histórica que ha determinado el nacimiento del derecho internacional privado, de los conflictos se repite en nuestros días en el ámbito de las E.T. y el Derecho que regula su actividad, tanto mediante reglas directas como indirectas.

l) Fundamentos legales

Aquí llegamos a las bases mismas de nuestra disciplina, el Derecho Internacional Privado. Ésta es la parte del Derecho —generalmente privado— en que intervienen algunos de los siguientes elementos:

- a) elementos de diferentes soberanías legislativas; o
- b) elementos extraños dentro de una misma soberanía legislativa.

Estos elementos a su vez pueden ser:

- personal (referido a las personas);
- real (relativo a los bienes, muebles o inmuebles);
- contractual (vinculado a las obligaciones y contratos);
- jurisdiccional, relativo a:

1) *un aspecto sustantivo*: la designación del tribunal competente en la esfera internacional, y

2) *un aspecto adjetivo*: el derecho procesal aplicable por el tribunal competente, y

— elemento conductista, referido a la conducta humana que cuando es ilícita determina en unos casos responsabilidad civil, y en otros, delitos del derecho penal.

La finalidad del Derecho Internacional Privado es, entonces, la de contribuir a la realización de la justicia internacional, mediante la consolidación y afianzamiento de la certeza y la estabilidad de las relaciones extraterritoriales, ya sea mediante normas directas o indirectas.

m) Finalidad del Derecho Internacional Privado

Al tratar los diferentes problemas de la parte general (calificaciones, reenvío, cuestión preliminar, orden público, fraude a la ley y conflictos móviles), se hace necesario procurar la consecución de los siguientes objetivos:

a) la satisfacción de las legítimas expectativas de las personas involucradas en cada relación;

b) la aplicación de la ley más adecuada a la naturaleza propia y esencial de cada relación jurídica;

c) la decisión final a alcanzarse, tanto por los particulares que crean sus propias reglas vinculantes, contractuales, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, o por los jueces y árbitros en casos contenciosos;

d) la decisión final que mencionamos no debe ser violatoria del orden público del o los países donde debe cumplirse tal decisión.

n) Orden público: necesidad de su esclarecimiento

Ahora, es la cuestión del orden público la que debe ser aclarada.

Al respecto existen diferentes teorías.

Por un lado, Mancini en Italia, Pillet en Francia y Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén —autor del *Código Panamericano de Derecho Internacional Privado*— consideran que el orden público tiene una competencia normal, lo que viene a ser, al mismo tiempo, un principio general.

Por otra parte, Savigny que, en nuestra opinión, sostiene la doctrina correcta, otorga al orden público el carácter de una excepción al derecho extranjero normalmente aplicable.

Esta última doctrina que considera al orden público como una excepción, coincide mejor con la aplicación regular del derecho extranjero en caso de conflictos y a fin de no impedir —indebidamente— la extraterritorialidad de la ley, que es de la esencia del derecho internacional privado.

Cuando se otorga un diferente tratamiento a los ciudadanos locales y extranjeros, el orden público debe tener un nuevo contenido: en este caso se trata

del modo reglamentario para determinar *ex ante* los distintos derechos y obligaciones que rigen las actividades de ciudadanos locales y extranjeros en asuntos de derecho privado y economía internacionales.

ñ) Regla de Derecho y garantía jurídica

Esta segunda característica del orden público es de gran importancia para asegurar el antedicho objetivo de certeza y estabilidad en las relaciones extraterritoriales.

En un reciente trabajo ¹⁷ analizó este asunto de la certeza, resumido en otro principio general y muy caro al Derecho Internacional Privado: razonabilidad en la interpretación de acuerdos y de leyes tanto por los individuos como por los jueces.

o) El papel de la Justicia

- En el estudio mencionado, Rogers enfoca recientes casos resueltos por las Cortes Supremas de Estados Unidos y Argentina a fin de decidir si leyes o decretos sancionados en el denominado "estado de emergencia" están o no de acuerdo con las disposiciones constitucionales de los respectivos países.

Este trabajo fue presentado por el señor Rogers en el último Foro Argentino Norteamericano organizado por la *World Foundation*, que tuvo lugar en Washington en noviembre de 1993.

p) El caso Fibraca y la inmunidad soberana.

Primacía de las decisiones arbitrales internacionales

Sobre este particular, existe una importante decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia en el caso de "Fibraca c/Comisión Mixta de Salto Grande", resuelto el 13 de julio de 1993.

La Corte decidió la validez de un laudo arbitral rechazando la inmunidad soberana, alegada por la Comisión Mixta, entidad binacional argentino-uruguayana creada para la explotación de la energía hidroeléctrica de Salto Grande sobre el río Uruguay.

El rechazo de la inmunidad soberana fue la consecuencia de una anterior modificación de sus estatutos por la entidad binacional, en orden a regular precisamente los procedimientos arbitrales en el marco de controversias mantenidas por la entidad mencionada.

¹⁷ ROGERS, Willjam D. - WRIGHT-CAROZZA, Paulo, *La Corte Suprema de Justicia y la Seguridad Jurídica*, Abaco, Buenos Aires, 1995.

Como consecuencia de esta decisión del alto tribunal, las decisiones arbitrales internacionales no pueden ser modificadas en lo sucesivo por los tribunales nacionales en la Argentina.

Este precedente resulta un apoyo significativo para la promoción de nuevas inversiones, especialmente en los casos de convenios bilaterales suscritos por la Argentina desde 1990, los que incluyen el procedimiento arbitral como medio de solución de controversias entre las partes involucradas.

Volviendo al tema principal analizado en este trabajo, la cuestión es determinar cuáles son las reglas adecuadas que deben observar los Estados y las empresas, a fin de mejorar las relaciones entre capitales extranjeros y países en desarrollo.

Un buen ejemplo de ello son los casos de extrema protección de algunas industrias, obtenida mediante acuerdos entre los Estados y las empresas multinacionales.

q) La industria automotriz en la Argentina

En nuestro país, la importación de nuevos vehículos fue gravada con un impuesto superior al 30% del valor del vehículo; sin embargo, las empresas extranjeras radicadas en la Argentina, que producen y venden automóviles en el país, fueron autorizadas a importar autos nuevos de otras empresas extranjeras con un impuesto de sólo el 2%. Ello con el compromiso de reexportar un valor similar al importado dentro de los tres años.

Las empresas radicadas en la Argentina no cumplieron con este compromiso, obteniendo así ganancias anuales del orden de los 1.500.000.000 de dólares.

Todo ello mientras una severa recesión económica afecta a la Argentina y a muchos otros países.

Esta situación ha empeorado a resultas de alegadas y repetidas prácticas ilegales de sobornos y pagos ilícitos que involucran a empresas privadas y autoridades públicas.

Adicionalmente, la falta de castigo a aquellos que violan la ley en tales casos, como asimismo la lenta y controvertida labor de la Justicia en el país, constituyen las principales dificultades para alcanzar un clima inobjetable para la inversión extranjera.

Esta situación en lo que respecta a la Argentina ha suscitado la atención de opiniones tanto políticas como jurídicas.

Por otra parte, C. D. Wallace y colaboradores¹⁸, dicen: "Colusión entre gobiernos y empresas multinacionales... según la cual la empresa puede ofre-

¹⁸ WALLACE, C. D. y cols., *Foreign Investments in the 1990's. A New Climate in the Third World*, part III, "International Investment Police: A View from the Private Sector", Harvard Law Library, pág. 68.

cer aceptar varias formas de exigencias en su desempeño a cambio de una posición monopólica (o incentivos) en el mercado local, incluyendo protección contra importaciones por un largo período. Ejemplos de esta colusión son: el uso de requerimientos de contenido local en Canadá y el uso de estatutos de comercio discriminatorios en las prácticas de inversión brasileñas y taiwanesas.

”De ahí que el Congreso de los EE.UU. en la Ley Federal de 1984 definió a las barreras a la inversión extranjera como una categoría de restricciones indebidas al comercio a la vez que un importante objetivo a negociar en el comercio internacional norteamericano”.

r) Naciones Unidas. Código de Conducta y pagos ilegales

En ocasión de los debates en las Naciones Unidas sobre sociedades transnacionales, se hizo mención de un posible *Código de Conducta* que regulase las actividades de aquéllas.

Las principales dificultades para alcanzar el necesario consenso derivaron, lamentablemente, de los diferentes intereses representados por las distintas categorías de países.

s) Casos nacionales diferentes

Más recientemente, la situación ha cambiado de manera parcial.

En algunos países desarrollados, como Italia, la corrupción se desató con graves consecuencias para los poderes del Estado, afectando al Gobierno y a la Justicia como asimismo a los partidos políticos.

t) Italia, Japón, Guatemala, Chile, Brasil y Perú

La Justicia italiana comenzó recientemente una acción enérgica contra la “mafia” y otras organizaciones ilegales, enviando a prisión a altos funcionarios del gobierno y de las empresas.

Una situación similar ocurrió en Japón, donde, después de cinco décadas en el gobierno, el Partido Demócrata Liberal perdió su liderazgo en parte como consecuencia de una incesante corrupción en todo el país.

En Guatemala, la ciudadanía fue convocada a un referéndum para conocer su opinión sobre la lucha contra la corrupción administrativa.

Sin embargo, el mismo referéndum mostró una alta ausencia de votantes, por la falta de conocimientos acerca tanto de la reforma a encararse como de su importancia.

Durante la administración de Patricio Aylwin en Chile fueron denunciados pocos casos de corrupción, la mayoría de ellos relacionados con militan-

tes del Partido Demócrata Cristiano al que pertenecen tanto Aylwin como el actual presidente Eduardo Frei.

En un artículo distribuido por *Associated Press* en Río de Janeiro y firmado por Todd Lewan (*La Nación*, 31-I-1994) se menciona que los escándalos de corrupción han molestado a los generales brasileños en tanto que el diputado federal Alizio Mercadente manifestaba: "En tiempos de crisis, los militares son el último recurso al que apelar para obtener resultados...".

Un paso similar fue dado en el Perú tanto por el presidente Fujimori como por los militares que lo apoyan.

En resumen, el fenómeno de la corrupción no es exclusivo de países no desarrollados, sino que existe en casi todo el mundo.

También existen por supuesto, respuestas éticas, políticas y económicas para enfrentarlo.

Nuestro trabajo se propone sin embargo, encontrar las reglas apropiadas de Derecho para limitar los abusos, provengan éstos de gobiernos o de empresas.

u) Necesidad de independencia del servicio público en los Estados receptores de capitales

Ésta es una de las más importantes condiciones legales para mejorar la calidad de las relaciones privadas internacionales, especialmente en el campo económico.

Un funcionario público, que no está bien pago o no tiene suficiente estímulo, es un probable candidato a ser tentado con sobornos o pagos ilegales.

Por el contrario, un funcionario de alto rango, que ha seguido estudios en una disciplina determinada, será seguramente una seria barrera contra cualquier tipo de corrupción tanto del sector privado como de cualquier otro.

En este marco, la adecuada remuneración de los funcionarios es esencial para garantizar su efectiva independencia de cualquier otro poder.

Al mismo tiempo, parece conveniente crear una suerte de incompatibilidad para los funcionarios en desempeñarse dentro del sector privado, en cualquier actividad relacionada con su previa actividad oficial por un período aproximado de tres a cinco años luego de su retiro.

El derecho criminal debe también jugar un papel importante en reprimir conductas ilegales de los Estados y las empresas en las relaciones económicas.

En este sentido, es necesario crear tipos delictivos especiales y más severos para reprimir conductas ilegales (tales como el soborno) y algunas formas de conducta empresarias como el monopolio y el oligopolio, y asimismo preservar la igualdad de oportunidades entre competidores.

Uno de estos casos es el descrito por el Tratado de Roma de 1957, que estableció el Mercado Común Europeo, al sancionar “el abuso de la posición dominante en el mercado”.

Por dicho Tratado se prohíbe dicha posición dominante:

- a) Cuando resulta abusiva o explotada indebidamente, y
- b) Cuando tiene la aptitud potencial de afectar el comercio entre Estados miembros.

En lo que respecta a las sanciones que el derecho debe contemplar a fin de prevenir acciones criminales por autoridades públicas o miembros de las sociedades, ambas deben ser castigadas con igual severidad, a fin de preservar la igualdad de tratamiento para ambas categorías de conductas delictivas.

v) Reglas destinadas a armonizar las inversiones extranjeras con el orden público internacional

Como síntesis de las reglas de orden público internacional específicas para la inversión extranjera, podemos entonces mencionar:

- a) aporte neto efectivo y favorable del capital —material o tecnológico— para la economía del país de radicación;
- b) determinación de la tecnología como Recurso Externo Capitalizable, que se regula por las reglas del aporte y sus utilidades entre inversor y sociedad receptora;
- c) extensión de la Responsabilidad al Inversor Extranjero en virtud de las obligaciones contraídas por la sociedad receptora de su inversión y en proporción al monto de su aporte real en dicha sociedad.

5. INTEGRACIÓN ECONÓMICA, SOCIAL Y JURÍDICA

Frente a las características de un mundo como el moderno, con transformaciones constantes y crecientes de sus relaciones sociales y económicas, algunas de cuyas repercusiones en el ámbito jurídico internacional hemos analizado en los puntos anteriores, surge una nueva idea de respuesta al desafío del progreso: la *integración económica internacional*.

Esta idea surgida en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial ¹⁹ con la finalidad de reconstituir las deterioradas economías de sus países, a la vez que darles participación protagónica en el acontecer económico mundial, ha encontrado, a no mucho andar, su correlato en América latina y África, por cierto, adaptado en cada caso a las circunstancias propias de la evolución de los respectivos países y a la naturaleza de su geografía económica. Así, a gra-

¹⁹ Véanse nuestros *Estudios sobre Integración Económica, Social y Jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

dos más avanzados de integración como el de la Comunidad Económica Europea o el Mercado Común Centroamericano, han surgido otros, como el de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y dentro de su ámbito el Acuerdo Subregional Andino, que marcan fórmulas de entendimiento y son, a veces, más moderados y progresivos.

Variadas son, pues, las experiencias realizadas y diferente el grado de progreso alcanzado en torno de la marcha del proceso de integración económica en los diversos continentes.

a) Europa y América latina: similitudes y diferencias

Hemos dicho al respecto en la obra citada en nota 19 sobre Europa y América Latina: “Si bien tanto en Europa como en América el proceso integrativo prosigue al fin común del progreso económico y el bienestar social, reconoce sin embargo en cada continente causas distintas. En Europa, pareciera ser un movimiento de signo contrario al operado en el período entre ambas guerras. En el mismo existieron numerosas restricciones al comercio y a los pagos. Como consecuencia, el comercio de importación de los países europeos industrializados ya no se dirigió a las economías más desarrolladas. Como tales economías eran esencialmente productoras de artículos primarios, se produjo una disminución de la competencia internacional al respecto a productos manufacturados. Según estadísticos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, entre 1913 y 1938, el comercio intereuropeo disminuyó en 10%. Desde este punto de vista, la integración europea, serviría de medio de reunificación de las economías nacionales aisladas en aquel período”.

“Por otro lado, aparece la integración en Europa como forma de evitar aquellas discriminaciones que resultan de la creciente intervención estatal en la economía. Y ello en las políticas relativas a fluctuaciones cíclicas, distribución del ingreso y ocupación plena. Objeto de posterior consideración será la dependencia externa como inconveniente superable por medio de la integración”.

“En América latina, en cambio, la idea de integración está consustancialmente vinculada a la del desarrollo económico. Vinculada, se diría, en una relación de medio a fin: integración para el desarrollo de las naciones latinoamericanas. La evolución económica en los países en vías de desarrollo hasta comienzo de nuestro siglo estuvo principalmente basada en el comercio exterior de exportación; se trataba de un desarrollo ‘desde y hacia afuera’. Tal crecimiento suponía dos condiciones: una corriente continua de inversiones foráneas y un aumento incesante de las exportaciones periféricas, es decir, de los países en desarrollo. Ambas guerras mundiales y la crisis de los años 1929-1930 produjeron una drástica disminución de las inversiones foráneas. Por

otra parte, el hecho del notable crecimiento de la población latinoamericana (alrededor de una tasa del 2,5% anual) determinó que el crecimiento de las exportaciones registrara una tasa menor a la de natalidad, hecho que agravó el problema de la periferia. Al desaparecer así los supuestos del desarrollo 'desde y hacia afuera', América latina debió intentar la otra variante del crecimiento: 'desde y hacia adentro'; esto es, hallar dentro de su propia economía el factor dinámico que reemplazara al anterior".

Medio para obtener condiciones de un avanzado grado de desarrollo en Europa, la integración económica se presenta en cambio en nuestra América latina como instrumentopreciado para el logro de condiciones fundamentales de progreso, podría decirse que mínimas si se compara el desarrollo de alguno de nuestros países con el de otros europeos.

b) Las formas de integración en América latina

Los matices de grado integrativo diverso y más significativos de nuestro continente, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, Cuenca del Plata, Pacto Andino, Mercado Común Centroamericano y más recientemente el Sistema Económico Latinoamericano, no han alcanzado aún a conjurar las singulares dificultades que el desafío económico de los tiempos imponen al esfuerzo común de nuestros países.

Comprendiendo a la totalidad de los países latinoamericanos, la ALALC, su funcionamiento ha quedado limitado a la incipiente etapa del área liberada de tarifas y restricciones cuantitativas, pero manteniendo cada país sus propias tarifas frente a terceros países.

La Cuenca del Plata y el Pacto Andino, a su vez, constituyen sendos intentos, más rudimentario el primero y circunscripto a la explotación de recursos hídricos, y más evolucionado y amplio el segundo aunque también reducido al área de países del Pacífico. Similar situación en el Mercado Común Centroamericano —en lo que hace a su limitación geográfica— vuelven dificultosa la consecución de la gran empresa común latinoamericana en procura de su integración económica continental. ¿Hacia dónde deberían converger pues los principales esfuerzos para el logro de esta ambiciosa meta?

Parecería que la principal atención deberá dedicarse a superar la más importantes causas de estancamiento de nuestras economías, en especial aquellas que derivan del insuficiente ahorro interno, carencia de conocimientos tecnológicos y periódicos estrangulamientos en el sector externo de su economía.

En síntesis, es preciso desarrollar en América latina una adecuada infraestructura industrial en los rubros básicos cuya posesión afianza más plenamente la autonomía en las decisiones fundamentales de la economía de nuestras naciones: energía, transporte, comunicaciones, siderurgia, petroquímica, entre otros.

Tal tarea debe hacerse, empero, con un criterio cierto de solidaridad, no exento de un claro sentido práctico.

1) ALALC: Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

Es la creación jurídico-económica resultante del Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1960 y suscripto por representantes de Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

El mismo preveía el establecimiento de una Zona de Libre Comercio en los territorios de los respectivos países, como asimismo su perfeccionamiento en un plazo de doce años a contar desde la fecha de entrada en vigor del Tratado, lo que no fue cumplido. Para ello se eliminarían gradualmente los gravámenes y restricciones de todo orden que incidieran sobre la importación de productos de las Partes contratantes. Dicha eliminación fue realizada sólo en forma parcial, y no en los rubros principales.

2) MCC: Mercado Común Centroamericano

Surgió del Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana, suscripto en Tegucigalpa, Honduras, el 10 de junio de 1958 por representantes de los gobiernos de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Luego fue suscripto en Managua, el 13 de diciembre de 1960, el Tratado General de Integración Económica Centroamericana entre los mismos países, con excepción de Costa Rica; además, el Código Aduanero Uniforme Centroamericano entre los mismos países incluyendo Costa Rica, en Guatemala el 13 de diciembre de 1963, como asimismo los Convenios sobre Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración (10-VI-1958 en Tegucigalpa), constitución del Banco Centroamericano de Integración Económica (Managua, 13-XII-1960) y Acuerdo para el Establecimiento de la Unión Monetaria Centroamericana (El Salvador, 25-II-1964), entre otros, que también incluyen materias como el tránsito por carreteras, las comunicaciones aéreas, unificación de la educación, ejercicio de profesiones universitarias y reconocimiento de tales estudios, telecomunicaciones y seguridad social.

El grado avanzado de integración centroamericana resulta también de la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, suscripta el 16 de octubre de 1951 en El Salvador entre Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala.

No obstante la integración en esta variada gama de materias, la limitada producción industrial en los países de América Central no les ha permitido alcanzar niveles de complementación que les otorguen la independencia necesaria respecto de terceros países.

3) *Pacto Andino*

Los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú (posteriormente se agregaría Venezuela) suscribieron en Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1969, el Acuerdo Subregional del Grupo Andino.

El mismo tiene por objeto promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países miembros, acelerar su crecimiento y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un Mercado Común y con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión.

Así, a través de la armonización de sus políticas económicas y sociales, un programa de liberación más acelerado y la fijación de un arancel externo común, los países del Pacto Andino han avanzado en materias tan importantes como el tratamiento común de las inversiones extranjeras, la tecnología y las empresas multinacionales.

No obstante, también la limitada diversificación de su producción industrial y tecnológica resentida por la falta de participación de los países más grandes latinoamericanos —Argentina, Brasil y México— a lo que se suma el reciente cuestionamiento de Chile a la Decisión 24 sobre Inversiones Extranjeras y su posterior retiro, resta al Grupo Andino la dimensión geográfica y la envergadura económica requeridas para un dinámico proceso integrativo.

4) *Cuenca del Plata*

Con fecha 23 de abril de 1969, los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron en Brasilia el Tratado de la Cuenca del Plata, acuerdo incipiente para mancomunar esfuerzos por el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca y de sus áreas de influencia.

El carácter sólo incipiente del Tratado resulta de las funciones sólo de promoción y coordinación del órgano creado —“Comité Intergubernamental Coordinador”— con el fin de orientar las acciones comunes.

Por otra parte, este breve Tratado de ocho artículos prevé en el VI que “la acción colectiva entre las Partes contratantes deberá desarrollarse sin perjuicio de aquellos proyectos y empresas que decidan ejecutar en sus respectivos territorios dentro del respeto al derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas”²⁰.

Tal redacción parece volver dificultosa la solución de diversas controversias posibles, entre las cuales se destaca la existente entre Brasil y nuestro país para la explotación de la cuenca superior del río Paraná y su aprovechamiento hidroeléctrico.

²⁰ Al respecto puede verse el texto de dicho Tratado en la publicación *Derecho de la Integración*, nro. 20, INTAL, Buenos Aires, 1976.

5) SELA: *Sistema Económico Latinoamericano*

Durante la Reunión de ministros de veinticinco países latinoamericanos, celebrada en Panamá entre el 15 y 17 de octubre de 1975 fue firmado el Convenio Constitutivo del Sistema Económico Latinoamericano (SELA).

El mismo es un organismo regional de consulta, coordinación, cooperación y promoción económica y social conjunta y permanente.

Su reciente formación por una parte y las limitadas posibilidades de su marco jurídico se suman a los criterios e intereses contrapuestos de países y grupos regionales latinoamericanos como para que este nuevo ente, el SELA no haya podido aún cumplir acciones efectivas.

6) ALADI: *Asociación Latinoamericana de Integración*

Conforme al Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980 se creó esta nueva Asociación, que vino a reemplazar, luego de veinte años, a la anterior Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, creada a su vez en virtud del Tratado de Montevideo de 1960. Los principios rectores del nuevo sistema —conforme al Mensaje que acompañó a nuestra ley 22.354 aprobatoria del Tratado de 1980— fueron:

“...el pluralismo político, que reconoce la diversidad política y económica de la región, sustentando, no obstante, la integración y compatibilizándola con el reconocimiento implícito de que el proceso no debe oponerse a los intereses nacionales; la convergencia, por medio de la multilateralización progresiva y voluntaria de los acuerdos de alcance parcial, en función de negociaciones periódicas; la flexibilidad, para permitir la concertación de tales acuerdos; la existencia de tres categorías de países en cuanto a sus niveles de desarrollo económico, y la multiplicidad en formas de concertación y de posibilidades para su ampliación y ulterior diversificación. Es así que, en el Capítulo VI, se determina la organización institucional del nuevo esquema de integración. A tal efecto, se constituyen órganos de carácter político; el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; la Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Comité de Representantes técnico, la Secretaría General y auxiliares, de consulta, asesoramiento y de apoyo.

”El Consejo de Ministros es la instancia superior a la que corresponde la conducción política del proceso de integración económica”.

La consecuencia más importante del nuevo Tratado de integración económica regional es la recuperación —para la Argentina— de su libertad de acción en esta materia en el plano internacional.

“El desafío de una región demográfica y económica en plena expansión, debe tener una respuesta nacional adecuada. Ésta se verá facilitada por la existencia del nuevo sistema de integración, que ha sido propulsado en forma pre-

ponderante por nuestro país, y que responde a nuestros propios intereses económicos y políticos en la región”.

En la práctica había ocurrido que los mecanismos de liberación del comercio, previstos en el Tratado de la ALALC, no se habían cumplido en los tiempos previstos, sujetando sin embargo a los países integrantes a compromisos que el nuevo Tratado de ALADI se propuso pues flexibilizar, permitiendo también acuerdos de alcance parcial en la materia, entre los Estados miembros.

c) La necesidad de complementación

En tal sentido, el riesgo de una competencia agresiva entre industrias similares sólo puede ser neutralizado mediante una adecuada *complementación de nuestras economías*.

Ello habrá de lograrse mediante la integración horizontal y vertical de los procesos productivos, asignando a cada una de las etapas el papel que comparativamente resulte más ventajoso al país de la respectiva localización y al conjunto del área a integrar. La solución no ha de ser sencilla cuando se trata de la instalación de industrias críticas, plantas nucleares, centrales hidroeléctricas, yacimientos petrolíferos o acerías modernas, por no citar sino alguno de los puntos en los que resultan más difíciles de conciliar los criterios nacionales. La solución deberá buscarse en una equitativa asignación de posibilidades en la explotación de los recursos respectivos que, aprovechando al máximo la expansión de cada economía, permita a la vez el establecimiento de verdaderos polos de desarrollo aptos para promover la armónica integración regional.

Estrechamente vinculado a este problema se encuentra el requerimiento de una red de transportes terrestres, marítimos y fluviales aptos para aprovechar las ventajas de las economías de escala, con los menores costos posibles y en creciente aptitud competitiva para proyectarse favorablemente al mundo exterior.

d) En el ámbito tecnológico

Otro aspecto de la complementación económica requerida con urgencia para el progreso de América latina se refiere al *ámbito tecnológico*.

Es cada vez más notable la dependencia tecnológica de los países en desarrollo respecto de los industrializados. Esto se refleja tanto en la carencia misma de los conocimientos técnicos más modernos requeridos por los adelantos del mundo industrializado y científico, como en la escasez de recursos destinados a la retribución de servicios de técnicos y científicos que, a menu-

do, se ven obligados a emigrar en busca de mejores condiciones profesionales.

Un mercado tecnológico integrado permite solucionar idóneamente ambos problemas.

Por una parte, la asunción de un criterio común por parte de nuestros países en materia de transferencia de tecnología nos posibilitará asumir también un poder de negociación ampliado frente al resto del mundo y, consecuentemente, condiciones más ventajosas para la obtención primero y definitivo asentamiento luego, de dicha tecnología. Pero, además, las posibilidades de regular concertadamente la actuación de nuestros técnicos y científicos en todo el ámbito de América latina, asegurando su establecimiento y circulación en cada uno de los países con pleno reconocimiento de su capacidad profesional, abre una perspectiva insospechada para el progreso tecnológico.

Podremos así estimular la creatividad técnica, los nuevos descubrimientos científicos y hasta los más modernos diseños y patentes.

Cuando sea del caso negociar la radicación de capitales extranjeros en bienes inmateriales, habremos de contar con un bagaje previo de capital regional aprovechable y a complementar según las necesidades de la región en su conjunto.

Y en los casos en que deba pagarse al resto del mundo contraprestaciones por la asistencia tecnológica que no logre sustituirse por la creación local o la radicación efectiva extranjera, podrá contratarse a favor de condiciones mucho más afianzadas para nuestros países en lo que hace al mínimo de equilibrio a procurar en la contratación respectiva.

Complementación industrial y tecnológica son, pues, dos pilares fundamentales en los que deberá basarse el proyecto de integración latinoamericana.

El mismo exige, además, una actitud decidida de convocatoria multilateral a la que debe acudir sin estériles complejos ni injustificadas inhibiciones.

El menor desequilibrio que normalmente existe en las prestaciones recíprocas cuando se trata de relaciones de personas públicas y privadas de la región latinoamericana, hace que también el orden público deba desempeñar un papel más moderado que el que le toca desempeñar en las otras materias de este estudio.

Así es que la progresivamente libre circulación de personas, bienes, servicios o capitales en un área integrada o, lo que es más importante, la integración horizontal y vertical de las economías mediante la complementación industrial y tecnológica, reclaman un tratamiento del extranjero latinoamericano, por cierto más asimilado al nacional latinoamericano que el extranjero de terceros Estados.

En este sentido resultará favorecida, como ocurrió con la Decisión 47 del Acuerdo de Cartagena, la constitución de la empresa multinacional latino-

mericana, cuyo carácter no nacional no la afectará en la región como si se tratara de una empresa multinacional cuya sede estuviese fuera de la región.

Así es, pues, que como reglas generales idóneas para materializar el orden público internacional referido al derecho de integración podríamos señalar las siguientes:

6. REGLAS DESTINADAS A ARMONIZAR LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA CON EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

1) Frente a personas físicas y jurídicas, públicas y privadas de terceros países, las reglas generales aplicables en común a todas las materias objeto de análisis en esta tesis y que se enuncian en las Conclusiones.

2) Pero cuando se trate de las relaciones entre países del área a integrar, entre los cuales existen relaciones de mayor equilibrio que frente a personas jurídicas públicas o privadas de terceros países, se procurará básicamente el logro de la *complementación industrial y tecnológica* necesaria para obtener primero y consolidar luego el mayor abastecimiento posible, en la región, de insumos críticos y conocimientos técnicos que no se poseen en el marco actual de las diversas economías.

En tal orden de ideas, podrá acordarse por vía diplomática o contractual, en las diversas relaciones jurídicas de la integración, las concesiones necesarias para el logro de la finalidad de complementación señalada.

Así podrá recurrirse al mecanismo del arbitraje para solucionar diferendos en la contratación financiera, la actuación de empresas o la inversiones de capital de la región; reconocerse la aplicación del Derecho de unos países en otros y dar trato igualitario a personas y empresas de la región que actúen en los diferentes países.

Todo ello será naturalmente objeto de las negociaciones que deben ponerse en marcha por los países para realizar la integración de sus economías.

La vasta extensión de nuestra geografía, los recursos varios y pródigos de nuestro territorio y la calidad cultural y técnica de nuestro pueblo aseguran a la Argentina un papel señero en la orientación de este formidable motor de progreso.

A esta tarea deberá dedicarse con ahínco el esfuerzo y la inteligencia de nuestras actuales y próximas generaciones.

7. MERCOSUR

a) El Tratado de Asunción

El 26 de marzo de 1991 se suscribió en la ciudad de Asunción, entre las repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el Tratado para la creación del Mercado Común del Sur (Mercosur).

De acuerdo a lo dispuesto en su artículo 23, el Tratado se denominó "Tratado de Asunción".

El Régimen General de Origen ha sido reemplazado por las Decisiones tomadas en Buenos Aires y Ouro Preto (nros. 6/94 y 23/94).

El procedimiento establecido para la solución de controversias dejó de tener efectividad, al entrar en vigencia el determinado por el Protocolo de Brasilia, al que nos referiremos en detalle más adelante.

El objeto o finalidad perseguido por el Tratado de Asunción es la creación de un Mercado Común entre los Estados Partes, "el cual deberá estar conformado el 31 de diciembre de 1994..." (art. 1°).

Este Mercado Común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, esto es, capital y mano de obra.

El Consejo "es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común" (art. 10).

Este mecanismo, que parecería adaptarse a la forma de los tratados marco, no ha estado exento de dificultades, las cuales debieron salvarse en el Protocolo de Ouro Preto, como se verá oportunamente.

b) Grupo Mercado Común. Protocolo de Brasilia

El Grupo Mercado Común (GMC) es el "órgano ejecutivo" y "tendrá facultades de iniciativa" (art. 13).

El Protocolo de Brasilia, adoptado con posterioridad al Tratado de Asunción, agrega competencias al Grupo Mercado Común.

Dichas competencias fueron recogidas en el Reglamento Interno del GMC., el cual en su Capítulo II, referido a las atribuciones y responsabilidades, establece en el literal g) del artículo 4°: "participar en la solución de controversias, en las condiciones establecidas por el Protocolo Adicional para la Solución de Controversias del Tratado de Asunción, convocando para ello a las reuniones que se consideren necesarias".

c) Toma de decisiones

Al efecto, el artículo 16 expresa: "Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes".

El artículo 1° del Protocolo de Brasilia a su vez expresa: "Las controversias que surjan entre los Estados Partes 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 Consejo del Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo”.

d) Solución de controversias. El sistema del Anexo III

El mecanismo de solución de controversias previsto para regir, inmediatamente de entrar en vigencia el Tratado de Asunción, como se expresara, fue el determinado en el Anexo III.

Es un procedimiento no jurisdiccional, sumamente elemental y limitado por las dificultades contenidas en el criterio de adopción de decisiones de los órganos intervinientes, los cuales, como se expresara anteriormente, actúan por consenso.

Comprende únicamente las controversias “entre Estados Partes”, es decir, que no será idóneo para las controversias entre particulares-Estado; particulares-órganos del Mercosur; particulares con particulares; órganos del Mercosur-Estado u órganos del Mercosur con órganos del Mercosur.

Las controversias deberán ser sobre “la aplicación del Tratado”, expresión general que debe entenderse comprensiva, no sólo del texto del Tratado de Asunción y sus Anexos, sino también de todos los protocolos complementarios y o modificatorios del mismo, así como del derecho “derivado” que se vaya creando (Decisiones del Consejo y Resoluciones del Grupo).

La primera etapa del procedimiento consiste en negociaciones directas entre las partes, esto es, entre los Estados en conflicto.

Si mediante este procedimiento no se llegare a un acuerdo, “dichos Estados Partes someterán la controversia” al Grupo Mercado Común.

e) Adhesión

El Protocolo de Brasilia pasa a formar parte del Tratado de Asunción, según dispone expresamente el artículo 33 y, en consecuencia, la adhesión de un Estado al Mercosur implicará ser parte de ese Protocolo (art. 35). Se quiso evitar de esa forma que, en el futuro, pudiera ingresar algún Estado al Mercado Común sin aceptar el procedimiento de solución de controversias contenido en el Protocolo, adhiriendo sólo al Tratado y no a aquél.

El mecanismo de solución de controversias contenido en el Protocolo comprende dos grandes divisiones, según la legitimación activa.

Una, reservada a los Estados Partes (Caps. I a IV) y otra, reservada a los particulares, personas físicas o jurídicas, contenida en el Capítulo V.

f) Legitimación activa y pasiva

Tanto la legitimación activa como pasiva, en el procedimiento de solución de controversias contenido en los Capítulos I a IV inclusive, queda limitada a los Estados Partes, únicos actores y demandados de este procedimiento.

g) Ámbito de aplicación

El procedimiento para la solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia, en la parte relativa a la iniciativa de los Estados Partes, está limitado a las “controversias que surjan... sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento” de las siguientes normas: “disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción... acuerdos celebrados en el marco del mismo... decisiones del Consejo... y... resoluciones del Grupo Mercado Común”.

h) Procedimiento

El procedimiento se desarrolla en tres etapas, cada una de las cuales es presupuesto obligatorio de la siguiente:

- Negociaciones directas.
- Intervención del Grupo Mercado Común.
- Procedimiento arbitral.

i) Constitución del Tribunal Arbitral

La constitución del Tribunal Arbitral se realizará en cada caso, no teniendo en consecuencia carácter permanente. Se integra con tres árbitros, designados uno por cada Estado Parte y el tercero, que no podrá ser nacional de ninguno de los Estados Partes en la controversia, elegido de común acuerdo y que ejercerá su presidencia.

En caso de que en la controversia hubiere más de dos Estados Partes del Tratado, los que sostuvieren la misma posición en la controversia, unificarán su representación ante el Tribunal y designarán un árbitro de común acuerdo. De manera que siempre el Tribunal contará con tres árbitros y no más (art. 14).

El artículo 19 expresa: “El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.

j) Procedimiento reservado a los particulares

El procedimiento previsto a impulso de los particulares, tiene lugar únicamente con motivo de la “sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación al Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común”.

k) Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur

En el artículo 21 del Protocolo de Ouro Preto se determinó la posibilidad de entablar reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, por las secciones nacionales de ésta, originadas en demandas de particulares — personas físicas o jurídicas— o en los propios Estados Partes.

l) Los Acuerdos de Buenos Aires

El 5 de agosto de 1994 se realizó en la ciudad de Buenos Aires, la VI Reunión del Consejo del Mercado Común, con la presencia de los presidentes de los cuatro Estados Partes del Mercosur.

Las decisiones allí adoptadas son de enorme trascendencia para el proceso de integración, por cuanto modifican los plazos inicialmente previstos en el Tratado de Asunción.

Dentro de ellas, dos son las fundamentales a los efectos de nuestro análisis: la Decisión 5/94, que crea el denominado Régimen de Adecuación y la Decisión 7/94, que aprueba un proyecto de Arancel Externo Común en el cual se determina el período de “Convergencia” hacia el mismo, que culminará el 1º de enero del año 2006. El Arancel Externo Común fue definitivamente aprobado posteriormente en la VII Reunión del Consejo, por Decisión 22/94.

El denominado Régimen de Adecuación es un mecanismo de tratamiento arancelario para el comercio intra-Mercosur. Consiste en admitir un plazo final para la desgravación total, de cuatro años en el caso de Argentina y Brasil y de cinco para Paraguay y Uruguay, a partir del 1º de enero de 1995.

En ese lapso la desgravación será lineal y automática, partiendo de los aranceles actuales a la fecha de la Decisión (adicionando en el caso de Argentina la tasa de estadística), y manteniendo el nivel de acceso para los casos de salvaguardia.

Concretamente, de lo expresado resulta que la Zona de Libre Comercio quedará constituida en un 100% el 1º de enero del año 2000.

Por su parte, la Convergencia hacia el Arancel Externo Común, será un proceso que culminará el 1º de enero del año 2006.

Los bienes de capital estarán en principio gravados con el 14%, nivel que alcanzarán Argentina y Brasil en el año 2001 y Paraguay y Uruguay en el 2006. En el caso de informática y telecomunicaciones, el nivel será del 16%, al que llegarán todos los países en el 2006. Las convergencias de estos niveles arancelarios serán lineales y automáticas. Adicionalmente, cada país podrá mantener trescientas excepciones al AEC hasta el 2001 (Paraguay 399 hasta el 2006). Los sectores del azúcar y el automóvil son objeto de un análisis particular.

El Arancel Externo Común entró en vigencia el 1° de enero de 1995, según lo dispuesto por la Decisión 22/94, juntamente con las Listas de Convergencia de los sectores de bienes de capital y de informática y telecomunicaciones, las Listas de Excepciones Nacionales y las Listas de Excepciones resultantes del Régimen de Adecuación.

m) El Mercado Común

Como se recordará, en el Tratado de Asunción se establecía muy claramente la voluntad de los Estados Parte de constituir un Mercado Común, el que “deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994” (art. 1°).

Incluso el propio artículo primero no dejaba duda de lo que las partes entendían por Mercado Común pues, siguiendo los criterios generales, expresaba que dicho Mercado Común implicaba: “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países...”.

Es claro que lo que las partes han alcanzado al 31 de diciembre de 1994, no es un Mercado Común, sino la constitución de una “Unión Aduanera”, etapa previa a aquél en el proceso de ingreso. Incluso, la Unión Aduanera constituida al 31 de diciembre, no lo ha sido en la totalidad del universo arancelario, sino en un 80% aproximadamente, siendo por tanto incompleta.

El arancel externo común, según lo acordado en la reunión del Consejo realizada en la ciudad de Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, será alcanzado el 1° de enero del año 2006.

En el Preámbulo del Protocolo de Ouro Preto, se reafirman “...los principios y objetivos del Tratado de Asunción y se resalta que las partes están: ‘Conscientes de la importancia de los avances alcanzados y de la implementación de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común’”.

En el artículo 3°, que define al Consejo del Mercado Común, se establece: “...es el órgano superior del Mercosur, al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para lograr la constitución final del mercado común”.

A partir de la vigencia del Protocolo de Ouro Preto, el Mercado Común del Sur contará con los siguientes órganos:

- I. El Consejo del Mercado Común;

- II. El Grupo Mercado Común;
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur;
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta;
- V. El Foro Consultivo Económico-Social.

n) La Secretaría Administrativa del Mercosur

El artículo 16 del Protocolo de Ouro Preto define a la Comisión de Comercio, como el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, al cual compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común, acordados por los Estados Partes, para el funcionamiento de la Unión Aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países.

Se integra con las secciones nacionales de los Estados Partes las que, a su vez, se componen de cuatro miembros titulares y cuatro alternos por país, y es coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

ñ) Toma de decisiones

Se destinó un Capítulo, el III, que consta de un solo artículo, el 27, que expresa: “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”.

o) Vigencia de las normas

Tal objetivo es el regulado por los artículos 38, 39 y 40 del Protocolo de Ouro Preto.

El artículo 38 expresa: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2º de este Protocolo”.

Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Para una mayor amplitud del proceso evolutivo del Mercosur desde Asunción hasta Ouro Preto, puede verse el trabajo realizado por Jorge Pérez Otermín²¹, que nos ha servido de importante guía documental.

²¹ PÉREZ OTERMÍN, Jorge, *El Mercado Común del Sur desde Asunción a Ouro Preto —aspectos jurídico-institucionales—*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, abril de 1995.

8. CONCLUSIONES

Volviendo pues al enfoque inicial de este trabajo, corresponde encuadrar las cuatro materias principales analizadas en función de los principios que permitan:

1º) deslindar el marco en el que los individuos y personas jurídicas públicas y privadas extranjeras o domiciliados en el extranjero puedan relacionarse jurídicamente en las mismas condiciones de libertad que los domiciliados o nacionales del Estado local;

2º) establecer las reglas limitativas de aquella libertad para dichos individuos y personas a través de la precisión del concepto del orden público internacional. Ello nos permitirá asentar la relación económico-internacional sobre bases sólidas de certeza y seguridad que, permitiendo obtener la finalidad específica del Derecho Internacional Privado, darán satisfacción a los intereses públicos y particulares en un marco de justicia y estabilidad.

Tanto para la contratación financiera internacional, como para la actuación de la empresa multinacional, la inversión de capitales extranjeros y la integración económica, social y jurídica de los países latinoamericanos, el orden público internacional ha de actuar como modalidad específica de aplicación del derecho local a personas o entidades extranjeras o con domicilio en el exterior. *El principio ha de ser la libertad* para la actuación de dichas personas con sólo las limitaciones derivadas de esta nueva forma de orden público internacional que pasamos a analizar.

Las características de tal modalidad son las siguientes:

1) *Para todas las materias consideradas:*

a) competencia de la jurisdicción del Estado donde la relación económica internacional tiene a su lugar principal de ejecución;

b) aplicación del derecho local del Estado de cumplimiento de la o las obligaciones principales de la relación, o de actuación de la persona física o jurídica extranjera, en forma supletoria a las reglas que convencionalmente pudieran haberse establecido.

2) *En la actuación de la empresa multinacional:*

Es menester que:

a) las reglas jurídicas reguladoras de las respectivas relaciones y las condiciones económicas de las mismas ofrezcan una total y absoluta claridad y transparencia públicas a fin de que los respectivos Estados y empresas puedan saber acabadamente del consenso o disenso que aquéllas provocan en el país de su actuación;

b) que la actuación de la empresa multinacional se subordine a las pautas y criterios fijados por el país de tal actuación y se limite a los objetivos espe-

cíficos así determinados, sin intromisión alguna en otros aspectos de la vida del Estado local;

c) la total independencia de los funcionarios públicos del Estado local que actúan en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, de todo interés vinculado a la actuación de empresas multinacionales;

d) que las eventuales controversias derivadas de la actuación de la empresa multinacional sean resueltas en primer término por lo establecido en los acuerdos respectivos y, supletoriamente, por el derecho local del país de su actuación que deberá asegurar en todos los casos las normas del debido proceso, el derecho a la defensa y la garantía de la propiedad privada, requiriéndose para su expropiación ley previa que declare la respectiva causa de utilidad pública que la determina;

e) la jurisdicción competente para decidir finalmente tales controversias debe ser la del Estado local de actuación de la empresa multinacional en cada caso y en razón de las operaciones económicas y comerciales realizadas en el mismo;

f) Debe crearse un Centro Internacional de Información y Adiestramiento sobre todo lo relativo a la actuación de las empresas multinacionales con especial participación de los países en vías de desarrollo y que incluya principalmente los conocimientos tecnológicos alcanzados por los distintos países y empresas multinacionales; asimismo, estaría encargado de facilitar la provisión de personal técnico especializado para el adiestramiento de técnicos locales de cada uno de los Estados.

Las reglas antedichas integran el orden público internacional idóneo para la aplicación del derecho local a las empresas multinacionales, a fin de asegurar el adecuado equilibrio de las respectivas prestaciones.

3) *En las relaciones del derecho de inversión:*

a) aporte neto efectivo y favorable de capital —material o tecnológico— para la economía del país de radicación;

b) determinación de la tecnología como Recurso Externo Capitalizable que se regula por las reglas del aporte y sus utilidades entre inversor y sociedad receptora;

c) extensión de la Responsabilidad al Inversor Extranjero en virtud de las obligaciones contraídas por la sociedad receptora de su inversión y en proporción al monto de su aporte real en dicha sociedad.

4) *En las relaciones de la integración económica:*

a) frente a personas físicas y jurídicas públicas y privadas de terceros países, las reglas generales aplicables en común a todas las materias objeto de análisis en esta tesis que se enuncian en las presentes Conclusiones;

b) pero cuando se trate de las relaciones entre países del área latinoamericana a integrar, entre los cuales existen relaciones de mayor equilibrio que frente a personas jurídicas públicas o privadas de terceros países, se procurará básicamente el logro de la *complementación industrial y tecnológica* necesaria para obtener primero y consolidar luego el mayor abastecimiento posible en la región de insumos críticos y conocimientos técnicos que no se poseen en el marco actual de las diversas economías.

En tal orden de ideas, podrá acordarse por vía diplomática o contractual, en las diversas relaciones jurídicas de la integración, las concesiones necesarias para el logro de la finalidad de complementación señalada. Así podrá recurrirse al mecanismo de arbitraje para solucionar diferendos en la contratación financiera, la actuación de empresas latinoamericanas o las inversiones de capital de la región; reconocerse la aplicación del derecho de unos países en otros y dar trato igualitario a personas y empresas de la región que actúan en los diferentes países.

Todo ello será naturalmente objeto de las negociaciones que deben ponerse en marcha por nuestros países para realizar la integración de sus economías.

9. SÍNTESIS FINAL

Finalmente y como síntesis del concepto básico de nuestra tesis, reiteramos que el papel que corresponde al derecho internacional privado en la relación económica contemporánea, para la realización del orden internacional, es obtener y afianzar la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas entre particulares o entre éstos y personas jurídicas de derecho público.

A la vez, le corresponde establecer dichas relaciones sobre bases de justicia, indispensables para su estabilidad y perdurabilidad.

Y añadimos aquí que es característica de la relación jurídica contemporánea en general y de la relación económica internacional en particular, una *sensible ruptura del equilibrio* entre las respectivas contraprestaciones.

El papel, a su vez, del orden público internacional, pues, como modalidad específica de aplicación del derecho local a personas o entidades extranjeras o con domicilio en el exterior, será entonces el de *establecer ex ante los límites y arbitrios jurídicos que impidan el eventual desequilibrio resultante* o que producido éste, *restablezcan el equilibrio perdido*.

Así habrá de contribuir nuestra disciplina, el Derecho Internacional Privado, también en esta moderna materia de las relaciones económicas extraterritoriales, a la realización del orden internacional asegurando la libertad y afianzando plenamente la justicia.

APÉNDICE

PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominados “Estados Partes”;

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 y en el Anexo III del Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991, en virtud del cual los Estados Partes se han comprometido a adoptar un Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición;

Reconociendo la importancia de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él deriven;

Convencidos de que el Sistema de Solución de Controversias contenido en el presente Protocolo contribuirá al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad;

Han convenido lo siguiente:

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación

Artículo 1. Las controversias que surjan entre los Estados Partes 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 Consejo del Mercado Común y de las

resoluciones del Grupo Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo.

CAPÍTULO II

Negociaciones directas

Art. 2. Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas.

Art. 3. 1. Los Estados Partes en una controversia informarán al Grupo Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas.

2. Las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las partes, exceder un plazo de quince (15) días a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes planteó la controversia.

CAPÍTULO III

Intervención del Grupo Mercado Común

Art. 4. 1. Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada sólo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá someterla a consideración del Grupo Mercado Común.

2. El Grupo Mercado Común evaluará la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia para que expongan sus respectivas posiciones y requiriendo, cuando lo considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que se hace referencia en el artículo 30 del presente Protocolo.

3. Los gastos que demande este asesoramiento serán sufragados en montos iguales por los Estados Partes en la controversia o en la proporción que determine el Grupo Mercado Común.

Art. 5. Al término de este procedimiento el Grupo Mercado Común formulará recomendaciones a los Estados Partes en la controversia tendientes a la solución del diferendo.

Art. 6. El procedimiento descrito en el presente capítulo no podrá extenderse por un plazo mayor a treinta (30) días, a partir de la fecha en que se sometió la controversia a la consideración del Grupo Mercado Común.

CAPÍTULO IV

Procedimiento arbitral

Art. 7. 1. Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los Capítulos II y III, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente Protocolo.

2. La Secretaría Administrativa notificará de inmediato la comunicación al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común y tendrá a su cargo los trámites para el desarrollo de los procedimientos.

Art. 8. Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo.

Art. 9. 1. El procedimiento arbitral se sustanciará ante un Tribunal *ad hoc* compuesto de tres (3) árbitros pertenecientes a la lista a que se hace referencia en el artículo 10.

2. Los árbitros serán designados de la siguiente manera:

i) cada Estado Parte en la controversia designará un (1) árbitro. El tercer árbitro, que no podrá ser nacional de los Estados Partes en la controversia, será designado de común acuerdo por ellos y presidirá el Tribunal Arbitral. Los árbitros deberán ser nombrados en el término de quince (15) días, a partir de la fecha en la cual la Secretaría Administrativa haya comunicado a los demás Estados Partes en la controversia la intención de uno de ellos de recurrir al arbitraje;

ii) cada Estado Parte en la controversia nombrará además un árbitro suplente, que reúna los mismos requisitos, para reemplazar al árbitro titular en caso de incapacidad o excusa de éste para formar el Tribunal Arbitral, sea en el momento de su integración o durante el curso del procedimiento.

Art. 10. Cada Estado Parte designará diez (10) árbitros, los que integrarán una lista que quedará registrada en la Secretaría Administrativa. La lista, así como sus sucesivas modificaciones, será puesta en conocimiento de los Estados Partes.

Art. 11. Si uno de los Estados Partes en la controversia no hubiera nombrado su árbitro en el término indicado en el artículo 9, éste será designado por la Secretaría Administrativa entre los árbitros de ese Estado, según el orden establecido en la lista respectiva.

Art. 12. 1. Si no hubiere acuerdo entre los Estados Partes en la controversia para elegir el tercer árbitro dentro del plazo establecido en el artículo 9, la Secretaría Administrativa, a pedido de cualquiera de ellos, procederá a su designación por sorteo de una lista de dieciséis (16) árbitros confeccionada en el Grupo Mercado Común.

2. Dicha lista, que también quedará registrada en la Secretaría Administrativa, estará integrada en partes iguales por nacionales de los Estados Partes y por nacionales de terceros países.

Art. 13. Los árbitros que integren las listas a que hacen referencia los artículos 10 y 12 deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia.

Art. 14. Si dos o más Estados Partes sostuvieren la misma posición en la controversia, unificarán su representación ante el Tribunal Arbitral y designarán un árbitro de común acuerdo en el plazo establecido en el artículo 9. 2. i).

Art. 15. El Tribunal Arbitral fijará en cada caso su sede en alguno de los Estados Partes y adoptará sus propias reglas de procedimiento. Tales reglas garantizarán que cada una de las partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos y también asegurarán que los procesos se realicen en forma expedita.

Art. 16. Los Estados Partes en la controversia informarán al Tribunal Arbitral acerca de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una breve exposición de los fundamentos de hecho o de derecho de sus respectivas posiciones.

Art. 17. Los Estados Partes en la controversia designarán sus representantes ante el Tribunal Arbitral y podrán designar asesores para la defensa de sus derechos.

Art. 18. 1. El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir tales daños.

2. Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el artículo 20.

Art. 19. 1. El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las

resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.

2. La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal Arbitral de decidir una controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Art. 20. 1. El Tribunal Arbitral se expedirá por escrito en un plazo de sesenta (60) días, prorrogable por un plazo máximo de treinta (30) días, a partir de la designación de su presidente.

2. El laudo del Tribunal Arbitral se adoptará por mayoría, será fundamentado y suscrito por el presidente y los demás árbitros. Los miembros del Tribunal Arbitral no podrán fundamentar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación.

Art. 21. 1. Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada.

2. Los laudos deberán ser cumplidos en un plazo de quince (15) días, a menos que el Tribunal Arbitral fije otro plazo.

Art. 22. 1. Cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá, dentro de los quince (15) días de la notificación del laudo, solicitar una aclaración del mismo o una interpretación sobre la forma en que deberá cumplirse.

2. El Tribunal Arbitral se expedirá dentro de los quince (15) días subsiguientes.

3. Si el Tribunal Arbitral considerare que las circunstancias lo exigen, podrá suspender el cumplimiento del laudo hasta que decida sobre la solicitud presentada.

Art. 23. Si un Estado Parte no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento.

Art. 24. 1. Cada Estado Parte en la controversia sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado.

2. El presidente del Tribunal Arbitral recibirá una compensación pecuniaria, la cual, juntamente con los demás gastos del Tribunal Arbitral, serán sufragados en montos iguales por los Estados Partes en la controversia, a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción.

CAPÍTULO V

Reclamos de particulares

Art. 25. El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

Art. 26. 1. Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios.

2. Los particulares deberán aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio.

Art. 27. A menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de Solución de Controversias bajo los capítulos II, III o IV de este Protocolo, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo conforme al artículo 26 del presente capítulo podrá, en consulta con el particular afectado:

- a) Entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada; o
- b) Elevar el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común.

Art. 28. Si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de quince (15) días a partir de la comunicación del reclamo conforme a lo previsto por el artículo 27 a), la Sección Nacional que realizó la comunicación podrá, a solicitud del particular afectado, elevarla sin más trámite al Grupo Mercado Común.

Art. 29. 1. Recibido el reclamo, el Grupo Mercado Común, en la primera reunión siguiente a su recepción, evaluará los fundamentos sobre los que se basó su admisión por la Sección Nacional. Si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, rechazará el reclamo sin más trámite.

2. Si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo, procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos, que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de treinta (30) días a partir de su designación.

3. Dentro de ese plazo, el grupo de expertos dará oportunidad de ser escuchados y de presentar sus argumentos al particular reclamante y al Estado contra el cual se efectuó el reclamo.

Art. 30. 1. El grupo de expertos a que se hace referencia en el artículo 29 estará compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por votación que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro (24) expertos. La Secretaría Administrativa comunicará al Grupo Mercado Común el nombre del experto o de los expertos que hubieren recibido la mayor cantidad de votos. En este último caso, y salvo que el Grupo Mercado Común lo decida de otra manera, uno de los expertos designados no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo, en los términos del artículo 26.

2. Con el fin de constituir la lista de expertos, cada uno de los Estados Partes designará seis (6) personas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia. Dicha lista quedará registrada en la Secretaría Administrativa.

Art. 31. Los gastos derivados de la actuación del grupo de expertos serán sufragados en la proporción que determine el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo, en montos iguales por las partes directamente involucradas.

Art. 32. El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común. Si en ese dictamen se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo IV del presente Protocolo.

CAPÍTULO VI

Disposiciones finales

Art. 33. El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, entrará en vigor una vez que los cuatro Estados Partes hayan depositado los respectivos instrumentos de ratificación. Tales instrumentos serán depositados ante el Gobierno de la República del Paraguay que comunicará la fecha de depósito a los gobiernos de los demás Estados Partes.

Art. 34. El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción.

Art. 35. La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso iure* la adhesión al presente Protocolo.

Art. 36. Serán idiomas oficiales en todos los procedimientos previstos en el presente Protocolo, el español y el portugués, según resulte aplicable.

Hecho en la ciudad de Brasilia a los diecisiete días del mes de diciembre del año mil novecientos noventa y uno en un original en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos. El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y enviará copia debidamente autenticada del mismo a los gobiernos de los demás Estados Partes.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA:

Carlos Saúl Menem. Guido Di Tella.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL:

Fernando Collor. Francisco Rezek.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY:

Andrés Rodríguez. Alexis Frutos Vaesken.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY:

Luis Alberto Lacalle Herrera. Héctor Gros Espiell.

PROTOCOLO DE OURO PRETO

PROTOCOLO ADICIONAL AL TRATADO DE ASUNCIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominados "Estados Partes";

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991;

Conscientes de la importancia de los avances alcanzados y de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común;

Reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción y atentos a la necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrollados del MERCOSUR;

Atentos a la dinámica implícita en todo proceso de integración y a la consecuente necesidad de adaptar la estructura institucional del MERCOSUR a las transformaciones ocurridas;

Reconociendo el destacado trabajo desarrollado por los órganos existentes durante el período de transición;

Acuerdan:

CAPÍTULO I

Estructura del MERCOSUR

Artículo 1. La estructura institucional del MERCOSUR contará con los siguientes órganos:

- I. Consejo del Mercado Común (CMC);
- II. El Grupo Mercado Común (GMC);
- III. La Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM);
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);
- V. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);
- VI. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM).

Parágrafo único. Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

Art. 2. Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Sección I

Del Consejo del Mercado Común

Art. 3. El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común.

Art. 4. El Consejo del Mercado Común estará integrado por los ministros de Relaciones Exteriores; y por los ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados Partes.

Art. 5. La Presidencia del Consejo del Mercado Común será ejercida por rotación de los Estados Partes, en orden alfabético, por un período de seis meses.

Art. 6. El Consejo del Mercado Común se reunirá todas las veces que lo estime oportuno, debiendo hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los presidentes de los Estados Partes.

Art. 7. Las reuniones del Consejo del Mercado Común serán coordinadas por los Ministerios de Relaciones Exteriores y podrán ser invitados a participar en ellas otros ministros o autoridades de nivel ministerial.

Art. 8. Son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común:

- I. Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco;
- II. Formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común;
- III. Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR;
- IV. Negociar y firmar acuerdos, en nombre del MERCOSUR, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas funciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el inciso VII del artículo 14;
- V. Pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común;
- VI. Crear reuniones de ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas;
- VII. Crear los órganos que estime pertinentes, así como modificarlos o suprimirlos;
- VIII. Aclarar, cuando lo estime necesario, el contenido y alcance de sus Decisiones;
- IX. Designar al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;
- X. Adoptar Decisiones en materia financiera y presupuestaria;
- XI. Homologar el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común.

Art. 9. El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes.

Sección II

Del Grupo Mercado Común

Art. 10. El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR.

Art. 11. El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de los Ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales. El Grupo Mercado Común será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

Art. 12. Al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos, el Grupo Mercado Común podrá convocar, cuando lo juzgue conveniente, a representantes de otros órganos de la Administración Pública o de la estructura Institucional del MERCOSUR.

Art. 13. El Grupo Mercado Común se reunirá de manera ordinaria o extraordinaria, tantas veces como fuere necesario, en las condiciones establecidas en su Reglamento Interno.

Art. 14. Son funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común:

- I. Velar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco;
- II. Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común;
- III. Tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común;
- IV. Fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común;
- V. Crear, modificar o suprimir órganos tales como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas, para el cumplimiento de sus objetivos;
- VI. Manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del MERCOSUR en el ámbito de sus competencias;
- VII. Negociar con la participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del MERCOSUR con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando sea autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del MERCOSUR.
- VIII. Aprobar el presupuesto y la rendición de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
- IX. Adoptar Resoluciones en materia financiera y presupuestaria, basado en las orientaciones emanadas del Consejo;
- X. Someter al Consejo del Mercado Común su Reglamento Interno;
- XI. Organizar las reuniones del Consejo del Mercado Común y preparar los informes y estudios que éste le solicite;
- XII. Elegir al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

- XIII. Supervisar las actividades de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;
- XIV. Homologar los Reglamentos Internos de la Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico-Social.

Art. 15. El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes.

Sección III

De la Comisión de Comercio del MERCOSUR

Art. 16. A la Comisión de Comercio del MERCOSUR, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y las materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países.

Art. 17. La Comisión de Comercio del MERCOSUR estará integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado parte y será coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

Art. 18. La Comisión de Comercio del MERCOSUR se reunirá por lo menos una vez al mes o siempre que le fuera solicitado por el Grupo Mercado Común o por cualquiera de los Estados Partes.

Art. 19. Son funciones y atribuciones de la Comisión de Comercio del MERCOSUR:

- I. Velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-MERCOSUR y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio;
- II. Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común;
- III. Efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes;
- IV. Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común;
- V. Tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes;

- VI. Informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas;
- VII. Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del MERCOSUR;
- VIII. Proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítems específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del MERCOSUR;
- IX. Establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos;
- X. Desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común;
- XI. Adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.

Art. 20. La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes.

Art. 21. Además de las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 16 y 19 del presente Protocolo corresponderá a la Comisión de Comercio del MERCOSUR la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas por los Estados Partes o en demanda de particulares —personas físicas o jurídicas—, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 o 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia.

Parágrafo primero. El examen de las referidas reclamaciones en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR no obstará la acción del Estado Parte que efectuó la reclamación, al amparo del Protocolo de Brasilia para Solución de Controversias.

Parágrafo segundo. Las reclamaciones originadas en los casos establecidos en el presente artículo se tramitarán de acuerdo con el procedimiento previsto en el Anexo de este Protocolo.

Sección IV

De la Comisión Parlamentaria Conjunta

Art. 22. La Comisión Parlamentaria Conjunta es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del MERCOSUR.

Art. 23. La Comisión Parlamentaria Conjunta estará integrada por igual número de parlamentarios representantes de los Estados Partes.

Art. 24. Los integrantes de la Comisión Parlamentaria Conjunta serán designados por los respectivos Parlamentos nacionales, de acuerdo con sus procedimientos internos.

Art. 25. La Comisión Parlamentaria Conjunta procurará acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo. De la misma manera, coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración. Cuando fuere necesario, el Consejo solicitará a la Comisión Parlamentaria Conjunta el examen de temas prioritarios.

Art. 26. La Comisión Parlamentaria Conjunta remitirá Recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común.

Art. 27. La Comisión Parlamentaria Conjunta adoptará su Reglamento Interno.

Sección V

Del Foro Consultivo Económico-Social

Art. 28. El Foro Consultivo Económico-Social es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y estará integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte.

Art. 29. El Foro Consultivo Económico-Social tendrá función consultiva y se manifestará mediante Recomendaciones al Grupo Mercado Común.

Art. 30. El Foro Consultivo Económico-Social someterá su Reglamento Interno al Grupo Mercado Común, para su homologación.

Sección VI*De la Secretaría Administrativa del MERCOSUR*

Art. 31. El MERCOSUR contará con una Secretaría Administrativa como órgano de apoyo operativo. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR será responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR y tendrá sede permanente en la ciudad de Montevideo.

Art. 32. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR desempeñará las siguientes actividades:

- I. Servir como archivo oficial de la documentación del MERCOSUR;
- II. Realizar la publicación y la difusión de las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR. En este contexto, le corresponderá:
 - i) Realizar, en coordinación con los Estados Partes, las traducciones auténticas en los idiomas español y portugués de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR, conforme lo previsto en el artículo 39.
 - ii) Editar el Boletín Oficial del MERCOSUR.
- III. Organizar los aspectos logísticos de las reuniones del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y dentro de sus posibilidades, de los demás órganos del MERCOSUR, cuando las mismas se celebren en su sede permanente. En lo que se refiere a las reuniones realizadas fuera de su sede permanente, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR proporcionará apoyo al Estado en el que se realice la reunión;
- IV. Informar regularmente a los Estados Partes sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo;
- V. Registrar las listas nacionales de los árbitros y expertos, así como desempeñar otras tareas determinadas por el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991;
- VI. Desempeñar las tareas que le sean solicitadas por el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR;
- VII. Elaborar su proyecto de presupuesto y, una vez que éste sea aprobado por el Grupo Mercado Común, practicar todos los actos necesarios para su correcta ejecución;
- VIII. Presentar anualmente su rendición de cuentas al Grupo Mercado Común, así como un informe sobre sus actividades.

Art. 33. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR estará a cargo de un Director, quien tendrá la nacionalidad de uno de los Estados Partes. Será

electo por el Grupo Mercado Común, en forma rotativa, previa consulta a los Estados Partes y será designado por el Consejo del Mercado Común. Tendrá mandato de dos años, estando prohibida la reelección.

CAPÍTULO II

Personalidad jurídica

Art. 34. El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional.

Art. 35. El MERCOSUR podrá, en el uso de sus atribuciones, practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias.

Art. 36. El MERCOSUR celebrará acuerdos de sede.

CAPÍTULO III

Sistema de toma de decisiones

Art. 37. Las decisiones de los órganos del MERCOSUR serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes.

CAPÍTULO IV

Aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR

Art. 38. Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo.

Parágrafo único. Los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas para este fin.

Art. 39. Serán publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR, íntegramente, en los idiomas español y portugués, el tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.

Art. 40. Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte;

iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

CAPÍTULO V

Fuentes jurídicas del MERCOSUR

Art. 41. Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son:

- I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- III. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Art. 42. 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.

CAPÍTULO VI

Sistema de solución de controversias

Art. 43. Las controversias que surgieren entre los Estados Partes 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 Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión

de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991.

Parágrafo único. Quedan también incorporadas a los artículos 19 y 25 del Protocolo de Brasilia las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Art. 44. Antes de culminar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente a que se refieren el ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia.

CAPÍTULO VII

Presupuesto

Art. 45. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR contará con una presupuesto para atender sus gastos de funcionamiento y aquellos que disponga el Grupo Mercado Común. Tal presupuesto será financiado, en partes iguales, por contribuciones de los Estados Partes.

CAPÍTULO VIII

Idiomas

Art. 46. Los idiomas oficiales del MERCOSUR son el español y el portugués. La versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión.

CAPÍTULO IX

Revisión

Art. 47. Los Estados Partes convocarán, cuando lo juzguen oportuno, a una conferencia diplomática con el objetivo de revisar la estructura institucional del MERCOSUR establecida por el presente Protocolo, así como las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos.

CAPÍTULO X

Vigencia

Art. 48. El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, tendrá duración indefinida y entrará en vigor treinta días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación. El presente Proto-

lo y sus instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República del Paraguay.

Art. 49. El Gobierno de la República del Paraguay notificará a los Gobiernos de los demás Estados Partes la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación y de la entrada en vigor del presente Protocolo.

Art. 50. En materia de adhesión o denuncia, regirán como un todo, para el presente Protocolo, las normas establecidas por el Tratado de Asunción. La adhesión o denuncia al Tratado de Asunción o al presente Protocolo significan, *ipso iure*, la adhesión o denuncia al presente Protocolo y al Tratado de Asunción.

CAPÍTULO XI

Disposición transitoria

Art. 51. La estructura institucional prevista en el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, así como los órganos por ella creados, se mantendrán hasta la fecha de entrada en vigencia del presente Protocolo.

CAPÍTULO XII

Disposiciones generales

Art. 52. El presente Protocolo se denominará “Protocolo de Ouro Preto”.

Art. 53. Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición.

Hecho en la ciudad de Ouro Preto, República Federativa del Brasil, a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en un original, en los idiomas portugués y español, siendo ambos textos igualmente auténticos. El Gobierno de la República del Paraguay enviará copia debidamente autenticada del presente Protocolo a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

POR LA REPÚBLICA ARGENTINA:

Carlos Saúl Menem. Guido Di Tella.

POR LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL:

Itamar Franco. Celso L. N. Amorin.

POR LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY:

Juan Carlos Wasmosy. Luis María Ramírez Boettner.

POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY:

Luis Alberto Lacalle Herrera. Sergio Abreu.

Anexo al Protocolo de Ouro Preto. Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur

Artículo 1. Las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas en los Estados Partes o en reclamaciones de particulares —personas físicas o jurídicas— de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Protocolo de Ouro Preto, se ajustarán al procedimiento establecido en el presente Anexo.

Art. 2. El Estado Parte reclamante presentará su reclamación ante la Presidencia *pro tempore* de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, la que tomará las providencias necesarias para la incorporación del tema en la Agenda de la primera reunión siguiente de la Comisión de Comercio del MERCOSUR con un plazo mínimo de una semana de antelación. Si no se adoptare una decisión en dicha reunión, la Comisión de Comercio del MERCOSUR remitirá los antecedentes, sin más trámite, a un Comité Técnico.

Art. 3. El Comité Técnico preparará y elevará a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en el plazo máximo de treinta (30) días corridos, un dictamen conjunto sobre la materia. Dicho dictamen o las conclusiones de los expertos integrantes del Comité Técnico, cuando no existiera dictamen conjunto, serán tomados en consideración por la Comisión de Comercio del MERCOSUR, al decidir sobre la reclamación.

Art. 4. La Comisión de Comercio del MERCOSUR decidirá sobre la cuestión en su primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen conjunto, o en caso de no existir éste, de las conclusiones de los expertos, pudiendo también ser convocada una reunión extraordinaria con esa finalidad.

Art. 5. Si no se alcanzare el consenso en la primera reunión mencionada en el artículo 4, la Comisión de Comercio del MERCOSUR elevará al Grupo Mercado Común las distintas alternativas propuestas, así como el dictamen conjunto o las conclusiones de los expertos del Comité Técnico, a fin de que se adopte una decisión sobre la cuestión planteada. El Grupo Mercado Común se pronunciará al respecto en un plazo de treinta (30) días corridos, contados desde la recepción, por la Presidencia *pro tempore*, de las propuestas elevadas por la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Art. 6. Si hubiere consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR o en el Grupo Mercado Común. En cada caso, la Comisión de Comercio del MERCOSUR, o posteriormente el Grupo Mercado

procedimiento establecido en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, hecho que será comunicado a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

El Tribunal Arbitral deberá, antes de emitir su laudo, dentro del plazo de hasta quince (15) días contados a partir de la fecha de su constitución, pronunciarse sobre las medidas provisionales que considere apropiadas en las condiciones establecidas por el artículo 18 del Protocolo de Brasilia.

PATENTES DE INVENCIÓN Y MODELOS DE UTILIDAD

LEY N° 24.481 *

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Las invenciones en todos los géneros y ramas de la producción conferirán a sus autores los derechos y obligaciones que se especifican en la presente ley.

Art. 2. La titularidad del invento se acreditará con el otorgamiento de los siguientes títulos de propiedad industrial:

- a) Patentes de invención; y
- b) Certificados de modelo de utilidad.

Art. 3. Podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la presente ley, las personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras que tengan domicilio real o constituido en el país.

TÍTULO II

De las patentes de invención

CAPÍTULO I

Patentabilidad

Art. 4. Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

* Sanción: 30-III-1995; promulgación: 23-V-1995; publicación: B.O. 20-IX-1995. Texto ordenado por dec. 260/96 (B.O. 22-III-96), modificada por ley 24.572 y Fe de erratas (B.O. 11-IV-96). Ver además ley 24.603.

a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre.

b) Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica.

c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho * públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero.

d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente.

e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiéndose al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

Art. 5. La divulgación de una invención no afectará su novedad, cuando dentro de un (1) año previo a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, el inventor o sus causahabientes hayan dado a conocer la invención por cualquier medio de comunicación o la hayan exhibido en una exposición nacional o internacional. Al presentarse la solicitud correspondiente deberá incluirse la documentación comprobatoria en las condiciones que establezca el reglamento de esta ley.

Art. 6. No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley:

a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;

b) Las obras literarias o artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas;

c) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de computación;

d) Las formas de presentación de información;

e) Los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales;

f) La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que se trate de su combinación o fusión de tal manera que no puedan funcionar se-

* En B.O. "hechos".

paradamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial no obvio para un técnico en la materia;

g) Toda clase de materia viva y sustancias preexistentes en la naturaleza.

Art. 7. No son patentables:

a) Las invenciones cuya explotación en el territorio de la República Argentina deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente;

b) La totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación en condiciones normales y libres tal como ocurre en la naturaleza.

CAPÍTULO II

Derecho a la patente

Art. 8. El derecho a la patente pertenecerá al inventor o sus causahabientes quienes tendrán derecho de cederlo o transferirlo por cualquier medio lícito y concertar contratos de licencia. La patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos, sin perjuicio de lo normado en los artículos 36 y 99 de la presente ley:

a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente;

b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del mismo.

Art. 9. Salvo prueba en contrario se presumirá inventor a la persona o personas físicas que se designen como tales en la solicitud de patente o de certificado de modelo de utilidad. El inventor o inventores tendrán derecho a ser mencionados en el título correspondiente.

Art. 10. Invenciones desarrolladas durante una relación laboral:

a) Las realizadas por el trabajador durante el curso de su contrato o relación de trabajo o de servicios con el empleador que tengan por objeto total o parcialmente la realización de actividades inventivas, pertenecerán al empleador.

b) El trabajador, autor de la invención bajo el supuesto anterior, tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, si su aporte personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa y em-

pleador excede de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo. Si no existieran las condiciones estipuladas en el inciso a), cuando el trabajador realizara una invención en relación con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, el empleador tendrá derecho a la titularidad de la invención o a reservarse el derecho de explotación de la misma. El empleador deberá ejercer tal opción dentro de los noventa (90) días de realizada la invención.

c) Cuando el empresario asuma la titularidad de una invención o se reserve el derecho de explotación de la misma, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica justa, fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento, teniendo en cuenta el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y los aportes del propio trabajador, en el supuesto de que el empleador otorgue una licencia a terceros, el inventor podrá reclamar al titular de la patente de invención el pago de hasta el cincuenta por ciento (50%) de las regalías efectivamente percibidas por éste.

d) Una invención industrial será considerada como desarrollada durante la ejecución de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, cuando la solicitud de patente haya sido presentada hasta un (1) año después de la fecha en que el inventor dejó el empleo dentro de cuyo campo de actividad se obtuvo el invento.

e) Las invenciones laborales en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en los incisos a) y b), pertenecerán exclusivamente al autor de las mismas.

f) Será nula toda renuncia anticipada del trabajador a los derechos conferidos en este artículo.

Art. 11. El derecho conferido por la patente estará determinado por la primera reivindicación aprobada, las cuales definen la invención y delimitan el alcance del derecho. La descripción y los dibujos o planos, o en su caso, el depósito de material biológico servirán para interpretarlas.

CAPÍTULO III

Concesión de la patente

Art. 12. Para obtener una patente será preciso presentar una solicitud escrita ante la Administración Nacional de Patentes del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, con las características y demás datos que indique esta ley y su reglamento.

Art. 13. La patente podrá ser solicitada directamente por el inventor o por sus causahabientes o a través de sus representantes. Cuando se solicite una

patente después de hacerlo en otros países se reconocerá como fecha de prioridad la fecha en que hubiese sido presentada la primera solicitud de patente, siempre y cuando no haya transcurrido más de un (1) año de la presentación originaria.

Art. 14. El derecho de prioridad enunciado en el artículo anterior, deberá ser invocado en la solicitud de patente. El solicitante deberá presentar, en la forma y plazos que reglamentariamente se establezca, una declaración de prioridad y una copia certificada por la oficina de origen de la solicitud anterior acompañada de su traducción al castellano, cuando esa solicitud esté redactada en otro idioma.

Adicionalmente, para reconocer la prioridad, se deberán satisfacer los requisitos siguientes:

I) Que la solicitud presentada en la República Argentina no tenga mayor alcance que la que fuera reivindicada en la solicitud extranjera; si lo tuviere, la prioridad deberá ser sólo parcial y referida a la solicitud extranjera.

II) Que exista reciprocidad en el país de la primera solicitud.

Art. 15. Cuando varios inventores hayan realizado la misma invención independientemente los unos de los otros, el derecho a la patente pertenecerá al que tenga la solicitud con fecha de presentación o de prioridad reconocida, en su caso, más antigua. Si la invención hubiera sido hecha por varias personas conjuntamente el derecho a la patente pertenecerá en común a todas ellas.

Art. 16. El solicitante podrá desistir de su solicitud en cualquier momento de la tramitación. En caso de que la solicitud corresponda a más de un solicitante, el desistimiento * deberá hacerse en común. Si no lo fuera, los derechos del renunciante acrecerán a favor de los demás solicitantes.

Art. 17. La solicitud de patente no podrá comprender más que una sola invención o un grupo de invenciones relacionadas entre sí de tal manera que integren un único concepto inventivo en general. Las solicitudes que no cumplan con este requisito habrán de ser divididas de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente.

Art. 18. La fecha de presentación de la solicitud será la del momento en que el solicitante entregue en la Administración Nacional de Patentes creada por la presente ley:

- a) Una declaración por la que se solicita la patente;
- b) La identificación del solicitante;
- c) Una descripción y una o varias reivindicaciones aunque no cumplan con los requisitos formales establecidos en la presente ley.

* En B.O. "desestimiento".

Art. 19. Para la obtención de la patente deberá acompañarse:

- a) La denominación y descripción de la invención;
- b) Los planos o dibujos técnicos que se requieran para la comprensión de la descripción;
- c) Una o más reivindicaciones;
- d) Un resumen de la descripción de la invención y las reproducciones de los dibujos que servirán únicamente para su publicación y como elemento de información técnica;
- e) La constancia del pago de los derechos;
- f) Los documentos de cesión de derechos y de prioridad.

Si transcurrieran noventa (90) días corridos desde la fecha de presentación de la solicitud sin que se acompañe la totalidad de la documentación, ésta se denegará sin más trámite, salvo casos de fuerza mayor debidamente justificada. La falta de presentación dentro del mismo plazo de los elementos consignados en el inciso f) originará la pérdida del derecho a la prioridad internacional.

Art. 20. La invención deberá ser descrita en la solicitud de manera suficientemente clara y completa para que una persona experta y con conocimientos medios en la materia pueda ejecutarla. Asimismo, deberá incluir el mejor método conocido para ejecutar y llevar a la práctica la invención, y los elementos que se empleen en forma clara y precisa.

Los métodos y procedimientos descritos deberán ser aplicables directamente en la producción.

En el caso de solicitudes relativas a microorganismos, el producto a ser obtenido con un proceso reivindicado deberá ser descrito juntamente con aquél en la respectiva solicitud, y se efectuará el depósito de la cepa en una institución autorizada para ello, conforme a las normas que indique la reglamentación.

El público tendrá acceso al cultivo del microorganismo en la institución depositante, a partir del día de la publicación de la solicitud de patente, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Art. 21. Los dibujos, planos y diagramas que se acompañen deberán ser lo suficientemente claros para lograr la comprensión de la descripción.

Art. 22. Las reivindicaciones definirán el objeto para el que se solicita la protección, debiendo ser claras y concisas. Podrán ser una o más y deberán fundarse en la descripción sin excederla.

La primera reivindicación se referirá al objeto principal debiendo las restantes estar subordinadas a la misma.

Art. 23. Durante su tramitación, una solicitud de patente de invención podrá ser convertida en solicitud de certificado de modelo de utilidad y vice-

versa. La conversión sólo se podrá efectuar dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de su presentación, o dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha en que la Administración Nacional de Patentes lo requiera para que se convierta. En caso de que el solicitante no convierta la solicitud dentro del plazo estipulado se tendrá por abandonada la misma.

Art. 24. La Administración Nacional de Patentes realizará un examen preliminar de la documentación y podrá requerir que se precise o aclare en lo que considere necesario o se subsanen omisiones. De no cumplir el solicitante con dicho requerimiento, en un plazo de ciento ochenta (180) días, se considerará abandonada la solicitud.

Art. 25. La solicitud de patente en trámite y sus anexos serán confidenciales hasta el momento de su publicación.

Art. 26. La Administración Nacional de Patentes procederá a publicar la solicitud de patente en trámite dentro de los dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de la presentación. A petición del solicitante, la solicitud será publicada antes del vencimiento del plazo señalado.

Art. 27. Previo pago de la tasa que se establezca en el decreto reglamentario, la Administración Nacional de Patentes procederá a realizar un examen de fondo, para comprobar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en el Título II, Capítulo I de esta ley.

La Administración Nacional de Patentes podrá requerir copia del examen de fondo realizado por oficinas extranjeras examinadoras en los términos que establezca el decreto reglamentario y podrá también solicitar informes a investigadores que se desempeñen en universidades o institutos científico-tecnológicos del país, quienes serán remunerados en cada caso, de acuerdo a lo que establezca el decreto reglamentario.

Si lo estimare necesario el solicitante de la patente de invención podrá requerir a la Administración la realización de este examen en sus instalaciones.

Si transcurridos tres (3) años de la presentación de la solicitud de patente, el petitionante, no abonare la tasa correspondiente al examen de fondo, la misma se considerará desistida.

Art. 28. Cuando la solicitud merezca observaciones, la Administración Nacional de Patentes correrá traslado de las mismas al solicitante para que, dentro del plazo de sesenta (60) días, haga las aclaraciones que considere pertinentes o presente la información o documentación que le fuera requerida. Si el solicitante no cumple con los requerimientos en el plazo señalado, su solicitud se considerará desistida.

Todas las observaciones serán formuladas en un solo acto por la Administración Nacional de Patentes, salvo cuando se requieran aclaraciones o explicaciones previas al solicitante.

Cualquier persona podrá formular observaciones fundadas a la solicitud de patentes y agregar prueba documental dentro del plazo de sesenta (60) días a contar de la publicación prevista en el artículo 26. Las observaciones deberán consistir en la falta o insuficiencia de los requisitos legales para su concesión.

Art. 29. En caso de que las observaciones formuladas por la Administración Nacional de Patentes no fuesen salvadas por el solicitante se procederá a denegar la solicitud de la patente comunicándose por escrito al solicitante, con expresión de los motivos y fundamentos de la resolución.

Art. 30. Aprobados todos los requisitos que correspondan, la Administración Nacional de Patentes procederá a extender el título.

Art. 31. La concesión de la patente se hará sin perjuicio de tercero con mejor derecho que el solicitante y sin garantía del Estado en cuanto a la utilidad del objeto sobre el que recae.

Art. 32. El anuncio de la concesión de la patente de invención se publicará en el boletín que editará la Administración Nacional de Patentes. El aviso deberá incluir las menciones siguientes:

- a) El número de la patente concedida;
- b) La clase o clases en que se haya incluido la patente;
- c) El nombre y apellido, o la denominación social, y la nacionalidad del solicitante y en su caso del inventor, así como su domicilio;
- d) El resumen de la invención y de las reivindicaciones;
- e) La referencia al boletín en que se hubiere hecho pública la solicitud de patente y, en su caso, las modificaciones introducidas en sus reivindicaciones;
- f) La fecha de la solicitud y de la concesión; y
- g) El plazo por el que se otorgue.

Art. 33. Sólo podrán permitirse cambios en el texto del título de una patente para corregir errores materiales o de forma.

Art. 34. Las patentes de invención otorgadas serán de público conocimiento y se extenderá copia de la documentación a quien la solicite, previo pago de los aranceles que se establezcan.

CAPÍTULO IV

Duración y efectos de las patentes

Art. 35. La patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Art. 36. El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:

a) Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado.

b) La preparación de medicamentos realizada en forma habitual por profesionales habilitados y por unidad en ejecución de una receta médica, ni a los actos relativos a los medicamentos así preparados.

c) Cualquier persona que adquiera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país. Se entenderá que la puesta en el comercio es lícita cuando sea de conformidad con el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el comercio. Parte III Secc. IV Acuerdo TRIP's - GATT.

d) El empleo de invenciones patentadas en nuestro país a bordo de vehículos extranjeros, terrestres, marítimos o aéreos que accidental o temporariamente circulen en jurisdicción de la República Argentina, si son empleados exclusivamente para las necesidades de los mismos.

CAPÍTULO V

Transmisión y licencias contractuales

Art. 37. La patente y el modelo de utilidad serán transmisibles y podrán ser objeto de licencias, en forma total o parcial en los términos y con las formalidades que establece la legislación. Para que la cesión tenga efecto respecto de tercero deberá ser inscripta en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

Art. 38. Los contratos de licencia no deberán contener cláusulas comerciales restrictivas que afecten la producción, comercialización o el desarrollo tecnológico del licenciataria, restrinjan la competencia e incurran en cualquier otra conducta tales como, condiciones exclusivas de retrocesión, las que impidan la impugnación de la validez, las que impongan licencias conjuntas obligatorias, o cualquier otra de las conductas tipificadas en la ley 22.262 o la que la modifique o sustituya.

Art. 39. Salvo estipulación en contrario la concesión de una licencia no excluirá la posibilidad, por parte del titular de la patente o modelo de utilidad, de conceder otras licencias ni realizar su explotación simultánea por sí mismo.

Art. 40. La persona beneficiada con una licencia contractual tendrá el derecho de ejercitar las acciones legales que correspondan al titular de los inventos, sólo en el caso que éste no las ejercite por sí mismo.

CAPÍTULO VI

Excepciones a los derechos conferidos

Art. 41. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial a requerimiento fundado de autoridad competente, podrá establecer excepciones limitadas a los derechos conferidos por una patente. Las excepciones no deberán atentar de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.

CAPÍTULO VII

Otros usos sin autorización del titular de la patente

Art. 42. Cuando un potencial usuario haya intentado obtener la concesión de una licencia del titular de una patente en términos y condiciones comerciales razonables en los términos del artículo 43 y tales intentos no hayan surtido efecto luego de transcurrido un plazo de ciento cincuenta (150) días corridos contados desde la fecha en que se solicitó la respectiva licencia, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, podrá permitir otros usos de esa patente sin autorización de su titular. Sin perjuicio de lo mencionado precedentemente, se deberá dar comunicación a las autoridades creadas por la ley 22.262 o la que la modifique o sustituya, que tutela la libre concurrencia a los efectos que correspondiere.

Art. 43. Transcurridos tres (3) años desde la concesión de la patente, o cuatro (4) desde la presentación de la solicitud, si la invención no ha sido explotada, salvo fuerza mayor o no se hayan realizado preparativos efectivos y serios para explotar la invención objeto de la patente o cuando la explotación de ésta haya sido interrumpida durante más de un (1) año, cualquier persona podrá solicitar autorización para usar la invención sin autorización de su titular.

Se considerarán como fuerza mayor, además de las legalmente reconocidas como tales, las dificultades objetivas de carácter técnico legal, tales como la demora en obtener el registro en organismos públicos para la autorización para la comercialización, ajenas a la voluntad del titular de la patente, que hagan imposible la explotación del invento. La falta de recursos económicos o la falta de viabilidad económica de la explotación no constituirán por sí solos circunstancias justificativas.

El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial notificará al titular de la patente el incumplimiento de lo prescrito en el primer párrafo antes de otorgar el uso de la patente sin su autorización.

La autoridad de aplicación previa audiencia de las partes y si ellas no se pusieran de acuerdo, fijará una remuneración razonable que percibirá el titular de la patente, la que será establecida según circunstancias propias de cada caso y habida cuenta del valor económico de la autorización, teniendo presente la tasa de regalías promedio para el sector de que se trate en contratos de licencias comerciales entre partes independientes. Las decisiones referentes a la concesión de estos usos deberán ser adoptadas dentro de los noventa (90) días hábiles de presentada la solicitud y ellas serán apelables por ante la Justicia Federal en lo Civil y Comercial. La sustanciación del recurso no tendrá efectos suspensivos.

Art. 44. Será otorgado el derecho de explotación conferido por una patente, sin autorización de su titular, cuando la autoridad competente haya determinado que el titular de la patente ha incurrido en prácticas anticompetitivas. En estos casos, sin perjuicio de los recursos que le competan al titular de la patente, la concesión se efectuará sin necesidad de aplicar el procedimiento establecido en el artículo 42.

A los fines de la presente ley, se considerarán prácticas anticompetitivas, entre otras, las siguientes:

a) La fijación de precios comparativamente excesivos, respecto de la medida del mercado o discriminatorios de los productos patentados; en particular cuando existan ofertas de abastecimiento del mercado a precios significativamente inferiores a los ofrecidos por el titular de la patente para el mismo producto;

b) La negativa de abastecer al mercado local en condiciones comerciales razonables;

c) El entorpecimiento de actividades comerciales o productivas;

d) Todo otro acto que se encuadre en las conductas consideradas punibles por la ley 22.262 o la que la reemplace o sustituya.

Art. 45. El Poder Ejecutivo nacional podrá por motivos de emergencia sanitaria o seguridad nacional disponer la explotación de ciertas patentes mediante el otorgamiento del derecho de explotación conferido por una patente; su alcance y duración se limitará a los fines de la concesión.

Art. 46. Se concederá el uso sin autorización del titular de la patente para permitir la explotación de una patente —segunda patente— que no pueda ser explotada sin infringir otra patente —primera patente— siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la invención reivindicada en la segunda patente suponga un avance técnico significativo de una importancia económica considerable, con respecto a la invención reivindicada en la primera patente;

b) Que el titular de la primera patente tenga derecho a obtener una licencia cruzada en condiciones razonables para explotar la invención reivindicada en la segunda patente; y

c) Que no pueda cederse el uso autorizado de la primera patente sin la cesión de la segunda patente.

Art. 47. Cuando se permitan otros usos sin autorización del titular de la patente, se observarán las siguientes disposiciones:

a) La autorización de dichos usos la efectuará el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial;

b) La autorización de dichos usos será considerada en función de las circunstancias propias de cada caso;

c) Para los usos contemplados en el artículo 43 y/o 46 previo a su concesión el potencial usuario deberá haber intentado obtener la autorización del titular de los derechos en término y condiciones comerciales conforme al artículo 43 y esos intentos no hubieren surtido efectos en el plazo dispuesto por el artículo 42. En el caso de uso público no comercial, cuando el gobierno o el contratista, sin hacer una búsqueda de patentes, sepa o tenga motivos demostrables para saber que una patente válida es o será utilizada por o para el gobierno, se informará sin demoras a su titular;

d) La autorización se extenderá a las patentes relativas a los componentes y procesos de fabricación que permitan su explotación;

e) Esos usos serán de carácter no exclusivo;

f) No podrán cederse, salvo con aquella parte de la empresa o de su activo intangible que la integre;

g) Se autorizarán para abastecer principalmente al mercado interno, salvo en los casos dispuestos en los artículos 44 y 45;

h) El titular de los derechos percibirá una remuneración razonable según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización, siguiendo el procedimiento del artículo 43; al determinar el importe de las remuneraciones en los casos en que los usos se hubieran autorizado para poner remedio a prácticas anticompetitivas se tendrá en cuenta la necesidad de corregir dichas prácticas y se podrá negar la revocación de la autorización si se estima que es probable que en las condiciones que dieron lugar a la licencia se repitan;

i) Para los usos establecidos en el artículo 45 y para todo otro uso no contemplado, su alcance y duración se limitará a los fines para los que hayan sido autorizados y podrán retirarse si las circunstancias que dieron origen a esa autorización se han extinguido y no sea probable que vuelvan a surgir, estando el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial facultado para examinar, pre-

via petición fundada, si dichas circunstancias siguen existiendo. Al dejarse sin efecto estos usos se deberán tener en cuenta los intereses legítimos de las personas que hubieran recibido dicha autorización. Si se tratara de tecnología de semiconductores, sólo podrá hacerse de ella un uso público no comercial o utilizarse para rectificar una práctica declarada contraria a la competencia tras un procedimiento judicial o administrativo.

Art. 48. En todos los casos las decisiones relativas a los usos no autorizados por el titular de la patente estarán sujetos a revisión judicial, como asimismo lo relativo a la remuneración que corresponda cuando ésta sea procedente.

Art. 49. Los recursos que se interpusieran con motivo de actos administrativos relacionados con el otorgamiento de los usos previstos en el presente capítulo, no tendrán efectos suspensivos.

Art. 50. Quien solicite alguno de los usos de este capítulo deberá tener capacidad económica para realizar una explotación eficiente de la invención patentada y disponer de un establecimiento habilitado al efecto por la autoridad competente.

CAPÍTULO VIII

Patentes de adición o perfeccionamiento

Art. 51. Todo el que mejorase un descubrimiento o invención patentada tendrá derecho a solicitar una patente de adición.

Art. 52. Las patentes de adición se otorgarán por el tiempo de vigencia que le reste a la patente de invención de que dependa. En caso de pluralidad, se tomará en cuenta la que venza más tarde.

TÍTULO III

De los modelos de utilidad

Art. 53. Toda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, conferirán a su creador el derecho exclusivo de explotación, que se justificará por títulos denominados certificados de modelos de utilidad.

Este derecho se concederá solamente a la nueva forma o disposición tal como se la define, pero no podrá concederse un certificado de modelo de utilidad dentro del campo de protección de una patente de invención vigente.

Art. 54. El certificado de los modelos de utilidad tendrá una vigencia de diez (10) años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, y estará sujeto al pago de los aranceles que establezca el decreto reglamentario.

Art. 55. Serán requisitos esenciales para que proceda la expedición de estos certificados que los inventos contemplados en este título sean nuevos y tengan carácter industrial; pero no constituirá impedimento el que carezca de actividad inventiva o sean conocidos o hayan sido divulgados en el exterior.

Art. 56. Con la solicitud de certificado de modelo de utilidad se acompañará:

a) El título que designe el invento en cuestión;

b) Una descripción referida a un solo objeto principal de la nueva configuración o disposición del objeto de uso práctico, de la mejora funcional, y de la relación causal entre nueva configuración o disposición y mejora funcional, de modo que el invento en cuestión pueda ser reproducido por una persona del oficio de nivel medio y una explicación del o de los dibujos;

c) La o las reivindicaciones referidas al invento en cuestión;

d) El o los dibujos necesarios.

Art. 57. Presentada una solicitud de modelo de utilidad, se examinará si han sido cumplidas las prescripciones de los artículos 50 y 53.

Practicado dicho examen y verificado lo expuesto en el párrafo anterior, o subsanado cuando ello fuere posible, se expedirá el certificado.

Art. 58. Son aplicables al modelo de utilidad las disposiciones sobre patentes de invención que no le sean incompatibles.

TÍTULO IV

Nulidad y caducidad de las patentes y modelos de utilidad

Art. 59. Las patentes de invención y certificados de modelos de utilidad serán nulos total o parcialmente cuando se hayan otorgado en contravención a las disposiciones de esta ley.

Art. 60. Si las causas de nulidad afectaran sólo a una parte de la patente o del modelo de utilidad, se declarará la nulidad parcial mediante la anulación de la o las reivindicaciones afectadas por aquéllas. No podrá declararse la nulidad parcial de una reivindicación.

Cuando la nulidad sea parcial, la patente o el certificado de modelo de utilidad seguirá en vigor con referencia a las reivindicaciones que no hubieran sido anuladas, siempre que pueda constituir el objeto de un modelo de utilidad o de una patente independiente.

Art. 61. La declaración de nulidad de una patente no determina por sí sola la anulación de las adiciones a ellas, siempre que se solicite la conversión de éstas en patentes independientes dentro de los noventa (90) días siguientes a la notificación de la declaración de nulidad.

Art. 62. Las patentes y certificados de modelo de utilidad caducarán en los siguientes casos:

- a) Al vencimiento de su vigencia;
- b) Por renuncia del titular. En caso que la titularidad de la patente pertenezca a más de una persona, la renuncia se deberá hacer en conjunto. La renuncia no podrá afectar derechos de terceros;
- c) Por no cubrir el pago de tasas anuales de mantenimiento al que estén sujetos, fijados los vencimientos respectivos el titular tendrá un plazo de gracia de ciento ochenta (180) días para abonar el arancel actualizado, a cuyo vencimiento se operará la caducidad, salvo que el pago no se haya efectuado por causa de fuerza mayor.
- d) Cuando concedido el uso a un tercero no se explotara la invención en un plazo de dos (2) años por causas imputables al titular de la patente.

La decisión administrativa que declara la caducidad de una patente será recurrible judicialmente. La apelación no tendrá efecto suspensivo.

Art. 63. No será necesaria declaración judicial para que la nulidad o caducidad surtan efectos de someter al dominio público al invento; tanto la nulidad como la caducidad operan de pleno derecho.

Art. 64. La acción de nulidad o caducidad podrá ser deducida por quien tenga interés legítimo.

Art. 65. Las acciones de nulidad y caducidad pueden * ser opuestas por vía de defensa o de excepción.

Art. 66. Declarada en juicio la nulidad o caducidad de una patente o de un certificado de utilidad, y pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada se cursará la correspondiente notificación al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

TÍTULO V

Procedimientos administrativos

CAPÍTULO I

Procedimientos

Art. 67. Las solicitudes deberán ser firmadas por el interesado o su representante legal y estar acompañadas del comprobante de pago de los aranceles correspondientes, si faltara cualquiera de estos elementos la Administración Nacional de Patentes rechazará de plano la solicitud.

Art. 68. Cuando las solicitudes sean presentadas por medio de representante legal, éste deberá acreditar su personería mediante:

- a) Poder o copia de poder certificada que lo faculte;
- b) Poder otorgado de conformidad con la legislación aplicable en el lugar donde se otorgue o de acuerdo a los tratados internacionales, en caso de que el representante sea una persona jurídica extranjera;
- c) En cada expediente que se tramite deberá acreditarse la personería del representante, siendo suficiente una copia simple de la constancia de registro, si el poder se encontrara inscripto en el registro general de poderes que obrara en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

Art. 69. En toda solicitud, el solicitante deberá constituir domicilio legal dentro del territorio nacional y comunicar a la Administración Nacional de Patentes cualquier cambio del mismo. En caso de que no se dé el aviso del cambio de domicilio, las notificaciones se tendrán por válidas en el domicilio que figure en el expediente.

Art. 70. Hasta la publicación referida en el artículo 26, los expedientes en trámite sólo podrán ser consultados por el solicitante, su representante o personas autorizadas por el mismo.

El personal de la Administración Nacional de Patentes que intervenga en la tramitación de las solicitudes, estará obligado a guardar confidencialidad respecto del contenido de los expedientes.

Se exceptúa de lo anterior a la información que sea de carácter oficial o la requerida por la autoridad judicial.

Art. 71. Los empleados del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial no podrán directa ni indirectamente tramitar derechos en representación de terceros hasta dos (2) años después de la fecha en que cese la relación de dependencia con el citado instituto, bajo pena de exoneración y multa.

CAPÍTULO II

Recursos de reconsideración

Art. 72. Procederá el recurso de reconsideración:

a) Contra la resolución que deniegue la concesión de una patente, o modelo de utilidad;

b) Contra la resolución que haga lugar a las observaciones previstas, en los términos del artículo 29 de la presente ley.

En ambos casos se presentará por escrito ante el presidente del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial en un plazo perentorio de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución respectiva. Al recurso se le acompañará la documentación que acredite su procedencia.

Art. 73. Analizados los argumentos que se expongan en el recurso y los documentos que se aporten, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial emitirá la resolución que corresponda.

Art. 74. Cuando la resolución que dicte el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial negara la procedencia del recurso deberá notificarse por escrito lo resuelto al recurrente. Cuando la resolución sea favorable se procederá en los términos del artículo 32 de esta ley.

TÍTULO VI

Violación de los derechos conferidos por la patente y el modelo de utilidad

Art. 75. La defraudación de los derechos del inventor será reputada delito de falsificación y castigada con prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa.

Art. 76. Sufrirá la misma pena del artículo anterior el que a sabiendas, sin perjuicio de los derechos conferidos a terceros por la presente ley:

a) Produzca o haga producir uno o más objetos en violación de los derechos del titular de la patente o del modelo de utilidad;

b) El que importe, venda, ponga en venta o comercialice o exponga o introduzca en el territorio de la República Argentina, uno o más objetos en violación de los derechos del titular de la patente o del modelo de utilidad.

Art. 77. Sufrirá la misma pena aumentada en un tercio:

a) El que fuera socio mandatario, asesor, empleado u obrero del inventor o sus causahabientes y usurpe o divulgue el invento aún no protegido;

b) El que corrompiendo al socio, mandatario, asesor, empleado u obrero del inventor o de sus causahabientes obtuviera la revelación del invento;

c) El que viole la obligación del secreto impuesto en esta ley.

Art. 78. Se impondrá multa al que sin ser titular de una patente o modelo de utilidad o no gozando ya de los derechos conferidos por los mismos, se sirve en sus productos o en su propaganda de denominaciones susceptibles de inducir al público en error en cuanto a la existencia de ellos.

Art. 79. En caso de reincidencia de delitos castigados por esta ley la pena será duplicada.

Art. 80. Se aplicará a la participación criminal y al encubrimiento lo dispuesto por el Código Penal.

Art. 81. Además de las acciones penales, el titular de la patente de invención y su licenciataria o del modelo de utilidad, podrán ejercer acciones civiles para que sea prohibida la continuación de la explotación ilícita y para obtener la reparación del perjuicio sufrido.

Art. 82. La prescripción de las acciones establecidas en este título operará conforme a lo establecido en los códigos de fondo.

Art. 83. Previa presentación del título de la patente o del certificado de modelo de utilidad, el damnificado podrá solicitar bajo las cauciones que el juez estime necesarias, las siguientes medidas cautelares:

a) El secuestro de uno o más ejemplares de los objetos en infracción, o la descripción del procedimiento incriminado;

b) El inventario o el embargo de los objetos falsificados y de la máquinas especialmente destinadas a la fabricación de los productos o a la actuación del procedimiento incriminado.

Art. 84. Las medidas que trata el artículo anterior serán practicadas por el oficial de justicia, asistido a pedido del demandante por uno o más peritos.

El acta será firmada por el demandante o persona autorizada por éste, por el o por los peritos, por el titular o encargados en ese momento del establecimiento y por el oficial de justicia.

Art. 85. El que tuviere en su poder productos en infracción deberá dar noticias completas sobre el nombre de quien se los haya vendido o procurado, su cantidad y valor, así como sobre la época en que haya comenzado el expendio, bajo pena de ser considerado cómplice del infractor.

El oficial de justicia consignará en el acta las explicaciones que espontáneamente o a su pedido, haya dado el interesado.

Art. 86. Las medidas enumeradas en el artículo 83, quedarán sin efecto después de transcurridos quince (15) días sin que el solicitante haya deducido la acción judicial correspondiente, sin perjuicio del valor probatorio del acta de constatación.

Art. 87. El demandante podrá exigir caución al demandado para no interrumpirlo en la explotación del invento, en caso que éste quisiera seguir adelante con ella y en defecto de caución podrá pedir la suspensión de la explotación, dando él a su vez en su caso, si fuera requerido, caución conveniente.

Art. 88. A los efectos de los procedimientos civiles, cuando el objeto de una patente sea un procedimiento para obtener un producto, los jueces estarán facultados a partir del 1° de enero del año 2000, para ordenar que el demandado pruebe que el procedimiento para obtener un producto, es diferente del procedimiento patentado. A los efectos de esa facultad judicial se establece que, a partir de esa fecha y, salvo prueba en contrario, todo producto idéntico producido sin el consentimiento del titular de la patente ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado siempre que dicho producto sea nuevo a esa fecha en los términos del artículo 4° de la presente ley.

Art. 89. Serán competentes para entender en los juicios civiles, que seguirán el trámite del juicio ordinario, los jueces federales en lo civil y comercial y en las acciones penales, que seguirá el trámite del juicio correccional, los jueces federales en lo criminal y correccional.

TÍTULO VII

De la organización del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial

Art. 90. Créase el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, como organismo autárquico, con personería jurídica y patrimonio propio, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Será la autoridad de aplicación de la presente ley, la ley 22.362, de la ley 22.426 y del decreto-ley 6673 del 9 de agosto de 1963.

El patrimonio del Instituto se integrará con:

- a) Los aranceles y anualidades emergentes de las leyes que aplica y la tasas que perciba como retribución por servicios adicionales que preste;
- b) Contribuciones, subsidios, legados y donaciones;
- c) Los bienes pertenecientes al Centro Temporario para la Creación del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial;
- d) La suma que el Congreso de la Nación le fije en el Presupuesto Anual de la Nación.

Art. 91. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial será conducido y administrado por un directorio integrado por tres (3) miembros, designados por el Poder Ejecutivo nacional, uno de ellos a propuestas del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otro a propuesta del Ministerio de Salud y Acción Social.

Los tres (3) miembros elegirán de su seno a los directores que ejercerán la presidencia y vicepresidencia respectivamente. El miembro restante actuará como vocal. Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función comprendiéndoles las incompatibilidades fijadas por la ley para los funcionarios públicos y sólo serán removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo nacional.

Los directores mencionados durarán cuatro (4) años en sus cargos pudiendo ser reelegidos indefinidamente.

En el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial funcionará una sindicatura que tendrá como cometido la fiscalización y control de los actos de los órganos que componen el Instituto.

La sindicatura será ejercida por un síndico titular y un suplente designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de la Auditoría General de la Nación.

Art. 92. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial tendrá las siguientes funciones:

a) Asegurar la observancia de las normas de la presente ley y de las leyes 22.362 y 22.426 y del decreto-ley 6673/63;

b) Contratar al personal técnico y administrativo necesario para llevar a cabo sus funciones;

c) Celebrar convenios con organismos privados y públicos para la realización de tareas dentro de su ámbito;

d) Administrar los fondos que recaude por el arancelamiento de sus servicios;

e) Elaborar una memoria y balance anuales;

f) Establecer una escala de remuneraciones para el personal que desempeñe tareas en el Instituto;

g) Editar los boletines de marcas y patentes y los libros de marcas, de patentes, de modelos de utilidad y de los modelos y diseños industriales;

h) Elaborar un banco de datos;

i) Promocionar sus actividades;

j) Dar a publicidad sus actos.

Art. 93. Serán funciones del directorio del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial:

a) Proponer al Poder Ejecutivo nacional a través del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, las modificaciones reglamentarias y de política nacional que estime pertinentes en relación con las leyes de protección a los derechos de propiedad intelectual;

b) Emitir directivas para el funcionamiento del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial;

- c) Ejercer el control presupuestario de los fondos que perciba el Instituto;
- d) Realizar concursos, certámenes o exposiciones y otorgar premios y becas que estimulen la actividad inventiva;
- e) Designar a los directores de Marcas, Modelos o Diseños Industriales, de Transferencia de Tecnología y al comisario y subcomisario de Patentes.
- f) Designar a los refrendantes legales de Marcas, Modelos y Diseños Industriales y de Transferencia de Tecnología.
- g) Disponer la creación de un consejo consultivo;
- h) Dictar reglamentos internos;
- i) Entender en los recursos que se presenten ante el Instituto;
- j) Otorgar los usos contemplados en el Título II, Capítulo VIII de la presente ley;
- k) Toda otra atribución que surja de la presente ley.

Art. 94. Créase la Administración Nacional de Patentes, dependiente del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. La Administración será conducida por un comisario y un subcomisario de Patentes, designados por el directorio del Instituto.

Art. 95. El Poder Ejecutivo reglamentará el ejercicio de las funciones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

TÍTULO VIII

Disposiciones finales y transitorias

Art. 96. Tanto el monto de las multas como el de los aranceles y anualidades y la forma de actualizarlos se fijarán en el decreto reglamentario.

Art. 97. Las patentes otorgadas en virtud de la ley que se deroga, conservarán su vigencia concedida hasta su vencimiento, pero quedarán sujetas a las disposiciones de esta ley y su reglamento.

Art. 98. Esta ley no exime del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley 16.463 para la autorización de elaboración y comercialización de productos farmacéuticos en el país.

Art. 99. A las solicitudes de patentes que se encuentren en trámite en la fecha en que esta ley entre en vigor no les será aplicable lo relativo a la publicación de la solicitud prevista en el artículo 26 de la presente y sólo deberá publicarse la patente en los términos del artículo 32.

Art. 100. No serán patentables las invenciones de productos farmacéuticos antes de los cinco (5) años de publicada la presente ley en el *Boletín Oficial*. Hasta esa fecha no tendrá vigencia ninguno de los artículos contenidos

en la presente ley en los que se disponga la patentabilidad de invenciones de productos farmacéuticos, ni aquellos otros preceptos que se relacionen indisolublemente con la patentabilidad del mismo.

Art. 101. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se podrán presentar solicitudes de patentes de productos farmacéuticos, en la forma y condiciones establecidas en la presente ley, las que serán otorgadas a partir de los cinco (5) años de publicada la presente en el *Boletín Oficial*.

La duración de las patentes mencionadas precedentemente será la que surja de la aplicación del artículo 35.

El titular de la patente tendrá el derecho exclusivo sobre su invento a partir de los cinco (5) años de publicada la presente ley en el *Boletín Oficial* salvo que el o los terceros que estén haciendo uso de su invento sin su autorización garanticen el pleno abastecimiento del mercado interno a los mismos precios reales.

En tal caso el titular de la patente sólo tendrá derecho a percibir una retribución justa y razonable de dichos terceros que estén haciendo uso de ellas desde la concesión de la patente hasta su vencimiento. Si no hubiese acuerdo de partes, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial fijará dicha retribución en los términos del artículo 43. Lo dispuesto en este párrafo será de aplicación a menos que corresponda su modificación para cumplimentar decisiones de la Organización Mundial de Comercio adoptadas de conformidad con el Acuerdo TRIP's - GATT, que sean de observancia obligatoria para la República Argentina.

Art. 102. Se podrán presentar solicitudes de patentes presentadas en el extranjero antes de la sanción de la presente ley cuyas materias no fueran patentables conforme a la ley 111 pero sí conforme a esta ley, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

a) La primera solicitud haya sido solicitada dentro del año anterior a la sanción de la presente ley;

b) El solicitante pruebe en los términos y condiciones que prevea el decreto reglamentario haber presentado la solicitud de patente en país extranjero;

c) No se hubiere iniciado la explotación de la invención o la importación a escala comercial;

d) La vigencia de las patentes que fueran otorgadas al amparo de este artículo, terminará en la misma fecha en que lo haga en el país en que se hubiere presentado la primera solicitud, siempre y cuando no exceda el término de veinte (20) años establecidos por esta ley.

Art. 103. Derógase el artículo 5° de la ley 22.262.

Art. 104. El Poder Ejecutivo nacional dictará el reglamento de la presente ley.

Art. 105. Comuníquese, etcétera.

**PATENTES DE INVENCION
Y MODELOS DE UTILIDAD****DECRETO N° 260/96 ***

Artículo 1. Sustitúyese el decreto 590 del 18 de octubre de 1995 y su Anexo II, por el presente decreto y sus anexos.

Art. 2. Apruébase el texto ordenado de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 24.481, con las correcciones de la ley 24.572 que obra como Anexo I y forma parte integrante de este decreto.

Art. 3. Apruébase la reglamentación de la ley 24.481 con las correcciones introducidas por la ley 24.572 que, como Anexo II, forma parte integrante de este decreto.

Art. 4. Ratifícase la vigencia del Anexo I del decreto 590 del 18 de octubre de 1995, incorporándose el mismo como Anexo III del presente decreto.

Art. 5. *Comuníquese, etcétera.*

ANEXO II**Reglamento de los artículos de la Ley de Patentes de Invención
y Modelos de Utilidad 24.481, con las correcciones introducidas
por la ley 24.572****TÍTULO I****Disposiciones generales**

1. Todos los derechos y obligaciones que se reconozcan por aplicación de la ley, serán reconocidos con igual extensión a las personas físicas o jurídicas extranjeras que tuvieren domicilio real o constituyeren domicilio especial en la República Argentina, en los términos y con los alcances previstos en las leyes 17.011 y 24.425.

2. El otorgamiento de patentes de invención y certificados de modelos de utilidad se realizará conforme a los recaudos y procedimientos establecidos en la presente reglamentación.

3. Sin reglamentar.

* Fecha: 20-III-1996; publicación: *B.O.* 22-III-1996; Fe de erratas: *B.O.* 11-IV-1996. Texto ordenado de la ley 24.481 modificada por su similar 24.572 (t.o. 1996) y su reglamentación.

TÍTULO II

De las patentes de invención

CAPÍTULO I

Patentabilidad

4. Para la obtención de una patente de invención deberá presentarse una solicitud, en los términos del artículo 12 de la ley y demás normas de esta reglamentación, ante la Administración Nacional de Patentes o ante las delegaciones provinciales que habilite al efecto el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

5. Si el inventor hubiere divulgado la invención dentro del año previo a la fecha de presentación de la solicitud deberá declararlo por escrito y presentar junto con la solicitud de patente:

a) Un ejemplar o copia del medio de comunicación por el que se divulgó la invención, si se tratara de un medio gráfico o electrónico.

b) Una mención del medio y su localización geográfica, de la divulgación y de la fecha en que se divulgó, si se tratara de un medio audiovisual.

c) Constancia fehaciente de la participación del inventor o del solicitante en la exposición nacional o internacional en que divulgó la invención, su fecha y el alcance de la divulgación.

La declaración del solicitante tendrá el valor de declaración jurada y, en caso de falsedad, se perderá el derecho a obtener la patente o el certificado de modelo de utilidad.

6. No se considerará materia patentable a las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para su reproducción.

7. El Poder Ejecutivo nacional podrá prohibir la fabricación y comercialización de las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales, para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente.

CAPÍTULO II

Derecho a la patente

8. El solicitante podrá mencionar en su solicitud el nombre del o de los inventores y pedir que se lo incluya en la publicación de la solicitud de patente, en el título de propiedad industrial que se entregue y en la publicación de la patente o modelo de utilidad que se realice.

El titular de la patente que de cualquier modo tomara conocimiento de la importación de mercaderías en infracción a los derechos que le acuerda la ley se encontrará legitimado para iniciar las acciones en sede administrativa o judicial que legalmente correspondan.

9. El inventor o los inventores que hubiesen cedido sus derechos podrán presentarse en cualquier momento del trámite y solicitar ser mencionados en el título correspondiente, acreditando fehacientemente su calidad de tales. De dicha presentación se correrá traslado por el plazo de treinta (30) días corridos al cesionario. De mediar oposición, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial resolverá dentro de los treinta (30) días corridos contados desde la contestación del traslado o la producción de la prueba que se hubiere * requerido para el esclarecimiento de los hechos invocados.

10. Se considerará que el derecho a obtener la patente pertenece al empleador, cuando la realización de actividades inventivas haya sido estipulada como objeto total o parcial de las actividades del empleado.

A los efectos del segundo párrafo del inciso b) del artículo 10 de la ley, sólo se entenderá que en el desarrollo de la invención han influido predominantemente los conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, cuando la invención sea concerniente a las actividades del empleador o esté relacionada con las tareas específicas que el inventor desarrolla o desarrollara al servicio del empleador.

Realizada una invención en las condiciones indicadas en el segundo párrafo del inciso b) del artículo 10 de la ley, si el empleador dejare de ejercer su derecho de opción dentro del plazo establecido en el último párrafo del mismo inciso, el derecho a la titularidad de la patente corresponderá al inventor —empleado—.

Cuando la invención hubiera sido realizada por un trabajador en relación de dependencia, en las condiciones indicadas en el segundo párrafo del inciso b) del artículo 10 de la ley y antes del otorgamiento de la patente, se podrá peticionar fundadamente, por escrito y en sobre cerrado, en la Administración Nacional de Patentes o en las delegaciones provinciales que habilite al efecto el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, el derecho a la titularidad de la misma. En tal supuesto, el comisario de Patentes intimará a las partes para que presenten por escrito sus argumentos dentro del plazo improrrogable de quince (15) días contados a partir de las respectivas notificaciones. Dentro de los treinta (30) días subsiguientes a tales presentaciones o a la producción de la prueba ofrecida, en su caso, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial deberá dictar resolución fundada indicando a quién corresponde el derecho a solicitar la patente, la que será notificada a las partes por medio fehaciente.

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

En caso de desacuerdo entre el trabajador y su empleador sobre el monto de la remuneración suplementaria o de la compensación económica prevista en el primer párrafo del inciso b) y en el inciso c) del artículo 10 de la ley, respectivamente, cualquiera de ellos podrá en cualquier tiempo requerir la intervención del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial para resolver la disputa, expresando sus fundamentos. Del requerimiento se dará traslado a la otra parte por el término de diez (10) días a partir de la fecha de su notificación. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial deberá dictar resolución fundada dentro del plazo de veinte (20) días siguientes a la contestación del traslado o la producción de las pruebas que se ofrezcan, en su caso, estableciendo la remuneración suplementaria o la compensación económica que, a su criterio, fuere equitativa, la que será notificada a las partes por medio fehaciente.

Las resoluciones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial a que se refieren los dos párrafos precedentes serán recurribles ante el Juzgado Federal en lo Civil y Comercial con competencia territorial en el domicilio del lugar de trabajo, dentro de los veinte (20) días hábiles a partir de la notificación. Los recursos no tendrán efectos suspensivos.

11. Sin reglamentar.

CAPÍTULO III

Concesión de la patente

12. Para poder obtener una patente, el solicitante deberá completar, dentro de los plazos que en cada caso se especifiquen en la ley o en esta reglamentación, la siguiente información y documentación:

a) Una solicitud de patente en la que deberá constar:

- 1) Una declaración por la que se solicita formalmente una patente de invención;
- 2) Nombre completo del o de los solicitantes;
- 3) Número de documento de identidad y nacionalidad del o de los solicitantes o datos registrales cuando fuera una persona jurídica;
- 4) Domicilio real del o de los solicitantes;
- 5) Domicilio especial constituido del solicitante;
- 6) Nombre completo del inventor o de los inventores, si correspondiere;
- 7) Domicilio real del inventor o de los inventores, si correspondiere;
- 8) Título de la invención;
- 9) Número de la patente (o de la solicitud de patente) de la cual es adicional la solicitud presentada (si correspondiere);
- 10) Número de la solicitud de patente de la cual es divisional la solicitud presentada (si correspondiere);

11) Número de solicitud de certificado de modelo de utilidad cuya conversión en solicitud de patente se solicita (si correspondiere) o viceversa;

12) Cuando la presentación se efectúa bajo la ley 17.011 (Convenio de París), datos de la prioridad o de las prioridades invocadas en la solicitud de patente * (país, número y fecha de presentación de la solicitud o solicitudes de patentes extranjeras);

13) Nombre y dirección completos de la institución depositaria del microorganismo, fecha en que fue depositado y el número de registro asignado al microorganismo por la institución depositaria, cuando la solicitud de patente se refiera * a un microorganismo;

14) Nombre completo de la persona o del agente de la propiedad industrial autorizado para tramitar la solicitud de patente;

15) Número de documento de identidad de la persona autorizada o número de matrícula del agente de la propiedad industrial autorizado o del apoderado general para administrar del solicitante;

16) Firma del presentante;

b) Una descripción técnica de la invención, encabezada por el título de la patente, coincidente con el que figura en la solicitud, que deberá contener:

1) Una descripción del campo técnico al que pertenezca la invención;

2) Una descripción del estado de la técnica en ese dominio, conocida por el inventor, indicando preferentemente los documentos que lo divulgaron;

3) Una descripción detallada y completa de la invención, destacando las ventajas con respecto al estado de la técnica conocido, comprensible para una persona versada en la materia;

4) Una breve descripción de las figuras incluidas en los dibujos, si los hubiere.

c) Una o más reivindicaciones;

d) Los dibujos técnicos necesarios para la comprensión de la invención a que se haga referencia en la memoria técnica;

e) Un resumen de la descripción de la invención;

f) Las reproducciones de los dibujos a escala reducida que servirán para la publicación de la solicitud;

g) Certificado de depósito del microorganismo expedido por la institución depositaria, cuando correspondiere;

h) Constancia del pago de los aranceles de presentación de la solicitud;

i) Copias certificadas de la prioridad o prioridades invocadas en la solicitud.

13. La fecha de prioridad a que se refiere el artículo 13 de la ley se determinará en la forma prevista en la ley 17.011.

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

14. Sin reglamentar.

15. Cuando una solicitud de patente fuere presentada en forma conjunta por dos o más personas se presumirá que el derecho les corresponde por partes iguales, excepto cuando en aquélla se establezca lo contrario.

16. Sin reglamentar.

17. Cuando la solicitud de patente comprenda más de una invención, deberá ser dividida antes de su concesión. A tales efectos, la Administración Nacional de Patentes intimará al solicitante para que peticione la división en el plazo de treinta (30) días desde la notificación, bajo apercibimiento de tenerse por abandonada la solicitud.

18. Sin reglamentar.

19. Desde la fecha de la presentación de la solicitud de patente y hasta noventa (90) días posteriores a esa fecha, el solicitante podrá aportar complementos, correcciones y modificaciones, siempre que ello no implique una extensión de su objeto. Con posterioridad a ese plazo, sólo será autorizada la supresión de defectos puestos en evidencia por el examinador. Los nuevos ejemplos de realización que se agreguen deben ser complementarios para un mejor entendimiento del invento. Ningún derecho podrá deducirse de los complementos, correcciones y modificaciones que impliquen una extensión de la solicitud original.

20. Cuando el objeto de una solicitud de patente sea un microorganismo o cuando para su ejecución se requiera de un microorganismo no conocido ni disponible públicamente el solicitante deberá efectuar el depósito de la cepa en una institución autorizada para ello y reconocida por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. Esta obligación se dará por satisfecha cuando el microorganismo haya estado depositado desde la fecha de presentación de la solicitud, o con anterioridad a la misma.

El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial reconocerá para recibir microorganismos en depósito, a los efectos de lo prescripto en el artículo 21 de la ley, a instituciones reconocidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o bien aquellas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Sean de carácter permanente;
- b) No dependan del control de los depositantes;
- c) Dispongan del personal y de las instalaciones adecuados para comprobar la pertinencia del depósito y garantizar su almacenamiento y conservación sin riesgo de contaminación;
- d) Brinden medidas de seguridad necesarias para reducir al mínimo el riesgo de pérdida del material depositado.

En todo momento a partir de la fecha de publicación de la solicitud de patente, el público podrá obtener muestras del microorganismo en la institución depositaria bajo las condiciones ordinarias que rigen esa operación.

21. Sin reglamentar.

22. La reivindicación o las reivindicaciones deberán contener:

a) Un preámbulo o exordio indicando desde su comienzo con el mismo título con que se ha denominado la invención, comprendiendo a continuación todos los aspectos conocidos de la invención surgidos del estado de la técnica más próximo;

b) Una * parte característica en donde se citarán los elementos que establezcan la novedad de la invención y que sean necesarios e imprescindibles para llevarla a cabo, definitorios de lo que se desea proteger;

c) Si la claridad y comprensión de la invención lo exigiera, la reivindicación principal, que es la única independiente, puede ir seguida de una o varias reivindicaciones haciendo éstas referencia a la reivindicación de la que dependen y precisando las características adicionales que pretenden proteger. De igual manera debe procederse cuando la reivindicación principal va seguida de una o varias reivindicaciones relativas a modos particulares o de realización de la invención.

23. Sin reglamentar.

24. Una vez recibida la totalidad de la documentación especificada en el artículo 19 de la ley, el comisario de Patentes ordenará la realización de un examen formal preliminar en un plazo de veinte (20) días.

La solicitud será rechazada sin más trámite si dentro del plazo de ciento ochenta (180) días de notificado fehacientemente, el solicitante no salva los defectos señalados por la Administración Nacional de Patentes en su examen preliminar. Si el defecto fuere exclusivamente referido a la prioridad extranjera, la solicitud podrá continuar su trámite, pero se considerará como si la prioridad jamás hubiese sido invocada. Los certificados de las solicitudes que se resuelvan se expedirán con la aclaración de que se otorgan sin perjuicio del derecho de prioridad previsto en la ley 17.011, salvo que los interesados pidan reserva del trámite hasta que transcurran los plazos de prioridad allí previstos. El pedido de reserva del trámite será formulado al presentar la solicitud.

25. Sin reglamentar.

26. La publicación de la solicitud de patente en trámite deberá contener:

a) Número de la solicitud;

b) Fecha de presentación de la solicitud;

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

- c) Número/s de la/s prioridad/es;
- d) Fecha/s de la/s prioridad/es;
- e) País/es de la/s prioridad/es;
- f) Nombre completo y domicilio del o de los solicitantes;
- g) Nombre completo y domicilio del o de los inventores (si correspondiere);
- h) Número de la matrícula del agente de la propiedad industrial autorizado (si correspondiere);
- i) Título de la invención;
- j) Resumen de la invención;
- k) Dibujo más representativo de la invención, si lo hubiere.

27. I. No se efectuará el examen de fondo de la solicitud si previamente no se ha realizado y aprobado el preliminar.

II. Cumplidas las formalidades de presentación el solicitante podrá pedir el examen de fondo. El comisario de Patentes, dentro de los quince (15) días, asignará la solicitud a un examinador.

El examen de fondo se efectuará dentro de los ciento ochenta (180) días del pago de la tasa y comprenderá los siguientes pasos:

a) Búsqueda de antecedentes. El examinador procurará identificar, en la medida que a su juicio resulte razonable y factible, los documentos que estime necesarios para determinar si la invención es nueva e implica actividad inventiva. Su búsqueda deberá abarcar todos los sectores técnicos que puedan contener elementos pertinentes para la invención, debiendo consultar la siguiente documentación:

- 1) documentos de patentes nacionales (patentes y modelos de utilidad otorgados y solicitudes de patentes y modelos de utilidad en trámite),
- 2) solicitudes de patentes publicadas y patentes de otros países,
- 3) literatura técnica distinta de la indicada en los apartados anteriores, que pudiere ser pertinente para la investigación.

b) Examen. El examinador investigará, hasta donde estime necesario y teniendo en cuenta el resultado del examen preliminar y de la búsqueda de antecedentes, si la solicitud satisface íntegramente los requisitos de la ley y de esta reglamentación.

III. Si lo estimare necesario, el examinador podrá requerir:

a) Que el solicitante presente, dentro de un plazo de noventa (90) días corridos desde la notificación del requerimiento, copia del examen de fondo realizado para la misma invención por oficinas de patentes extranjeras si estuvieren disponibles, tal como lo dispone el artículo 28 de la ley.

b) Informes específicos relacionados con el tema de la invención a investigadores que se desempeñen en universidades o institutos de investigación científica o tecnológica.

Cuando se solicite la colaboración indicada en el inciso b) precedente, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial reconocerá y abonará los honorarios profesionales que correspondan a la categoría de investigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) o su equivalente, sobre la base de un presupuesto de afectación de tiempo previamente aprobado por el comisario de Patentes.

IV. Si lo estimare pertinente el solicitante podrá petitionar que la Administración Nacional de Patentes autorice la realización parcial del examen de fondo en sus propias instalaciones, para la verificación de datos en laboratorios o equipos productivos. El comisario de Patentes podrá aceptar o rechazar el ofrecimiento, sobre la base de aquello que, a su criterio, fuere necesario o conveniente.

28. El examinador incluirá entre sus observaciones las que fueren presentadas por terceros, basadas en los datos que surjan de la publicación efectuada conforme a lo establecido en el artículo 28 de la ley y se basen en la falta de novedad, falta de aplicación industrial, falta de actividad inventiva o ilicitud del objeto de la solicitud, salvo que fueren manifiestamente improcedentes y así se declaren.

Dentro de los sesenta (60) días corridos a partir de la notificación del traslado el solicitante deberá:

a) Enmendar la solicitud para que se adecue a los requisitos legales y reglamentarios, o

b) Expresar su opinión sobre las observaciones, refutarlas o formular las aclaraciones que estime pertinentes u oportunas.

c) Si el solicitante no cumple con los requerimientos en el plazo señalado, su solicitud se considerará desistida.

29. Cuando los reparos formulados no fueren satisfactoriamente salvados por el solicitante, el examinador, previo informe fundado, del que se correrá vista al solicitante, podrá aconsejar a la Administración Nacional de Patentes la denegación de la solicitud, en los términos de su artículo 29.

30. Si como resultado del examen de fondo el examinador determina que la invención reúne todos los requisitos legales y reglamentarios que habilitan su patentamiento y, en su caso, que se han salvado satisfactoriamente las observaciones formuladas, elevará en el término de diez (10) días un informe al comisario de Patentes con su recomendación, quien resolverá dentro de los treinta (30) días siguientes.

Una vez dictada la resolución concediendo o denegando el otorgamiento del título se deberá notificar al solicitante por medio fehaciente.

Si la resolución es denegatoria, a partir de su notificación comenzará a correr el plazo de treinta (30) días para la interposición de las acciones o recursos correspondientes, de acuerdo al artículo 72 de la ley.

Las patentes concedidas por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial serán inscriptas en el Registro de Patentes Otorgadas por orden correlativo asentando su número, título, nombre completo del titular, fecha y número de la solicitud, fecha de otorgamiento y fecha de vencimiento. Este Registro podrá ser efectuado en soporte magnético, adoptando todos los recursos necesarios para asegurar su conservación e inalterabilidad.

31. Sin reglamentar.

32. El anuncio del otorgamiento de la patente se publicará además en el libro que editará el Instituto.

33. Sin reglamentar.

34. Sin reglamentar.

CAPÍTULO IV

Duración y efectos de la patente

35. Sin reglamentar.

36. A los efectos del inciso c) del artículo 36 de la ley, el titular de una patente concedida en la República Argentina tendrá el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta o importación en el territorio del producto objeto de la patente, en tanto dicho producto no hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país. Se considerará que ha sido puesto lícitamente en el comercio cuando el licenciatario autorizado a su comercialización en el país acreditare que lo ha sido por el titular de la patente en el país de adquisición, o por un tercero autorizado para su comercialización.

La comercialización del producto importado estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 98 de la ley y esta reglamentación.

CAPÍTULO V

Transmisión y licencias contractuales

37. Cuando se transfiera una solicitud de una patente de invención se deberá presentar una solicitud en la que constarán los nombres y domicilios de cedente y cesionario, debiendo este último constituir un domicilio especial en la Capital Federal y la acreditación de certificación de firmas de ambas partes.

El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial habilitará dos (2) registros, uno para patentes de invención y otro para certificados de modelos de utilidad, donde se inscribirán las cesiones previstas en el artículo 37 de la ley.

La transmisión de derechos tendrá efectos contra terceros desde la fecha del acto respectivo cuando la inscripción se efectúe dentro de los diez (10) días hábiles a partir de aquél. En caso contrario, sólo tendrá efectos contra terceros desde la fecha de inscripción.

El titular de una patente podrá, a partir de la fecha de su otorgamiento, solicitar por escrito al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial * que ella sea incluida en el Registro de Patentes Abiertas a Licenciamiento Voluntario que, al efecto, habilitará el Instituto.

Dicho Registro podrá ser consultado por cualquier interesado quien, si lo deseara, negociará con el titular de la patente las condiciones de la licencia de uso.

El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial dispondrá la publicación en el Boletín de Patentes de Invención y Certificados de Modelos de Utilidad y la difusión por los medios que estime convenientes de las patentes inscritas en el registro indicado, con mención del número, título, fecha de otorgamiento y fecha de incorporación a dicho registro.

38. Sin reglamentar.

39. Sin reglamentar.

40. Sin reglamentar.

CAPÍTULO VI

Excepciones a los derechos conferidos

41. El Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, juntamente con el Ministerio de Salud y Acción Social o el Ministerio de Defensa, en la medida de la competencia de estos últimos, serán las autoridades competentes para requerir el establecimiento de excepciones limitadas a los derechos conferidos por una patente, en los términos y con los límites previstos por el artículo 41 de la ley.

CAPÍTULO VII

Otros usos sin autorización del titular de la patente

42. Transcurridos los plazos establecidos en el artículo 43 de la ley, si la invención no ha sido explotada, salvo fuerza mayor, o no se han realizado preparativos efectivos y serios para explotar la invención objeto de la patente, o cuando la explotación de ésta haya sido interrumpida durante más de un año, cualquier persona podrá solicitar al Instituto Nacional de la Propiedad Indus-

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

trial la concesión de una licencia obligatoria para la fabricación y venta del producto patentado o la utilización del procedimiento patentado. A tales efectos deberá acreditar haber intentado obtener la concesión de una licencia voluntaria del titular de la patente, en términos y condiciones comerciales razonables y que tales intentos no hayan surtido efecto luego de transcurrido un plazo de ciento cincuenta (150) días y que se encuentra en condiciones técnicas y comerciales de abastecer el mercado interno en condiciones comerciales razonables.

La petición de la licencia tramitará ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, deberá contener los fundamentos que la sustenten y se ofrecerá en esa instancia toda la prueba que se considere pertinente. Del escrito respectivo se dará traslado al titular de la patente al domicilio constituido en el expediente de la misma, por un plazo de diez (10) días hábiles, para que éste conteste y ofrezca prueba. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial podrá rechazar la producción de las pruebas inconducentes, debiendo producirse las restantes en el plazo de cuarenta (40) días. Concluido este plazo o producidas todas las pruebas, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial resolverá fundadamente concediendo o denegando la licencia obligatoria solicitada.

La resolución del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial que conceda o rechace la licencia obligatoria podrá ser recurrida directamente por ante la Justicia Federal en lo Civil y Comercial, dentro del plazo de diez (10) días de notificada, sin perjuicio de los recursos previstos en el artículo 72 de la ley y en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su Reglamento. La sustanciación del recurso judicial no tendrá efectos suspensivos.

43. Se considerará que media explotación de un producto cuando exista distribución y comercialización en forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado nacional, en condiciones comerciales razonables.

El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, previa audiencia de parte y a falta de acuerdo entre ellas, fijará una remuneración razonable que percibirá el titular de la patente, la que será establecida según las circunstancias propias de cada caso y habida cuenta del valor económico de la autorización, teniendo presente la tasa de regalías promedio para el sector de que se trate en contratos de licencias comerciales entre partes independientes.

Las resoluciones que adopte el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial en el marco de este artículo podrán ser recurridas en los términos del artículo 42, último párrafo, de este Reglamento.

44. La autoridad competente de la ley 22.262 o la que la reemplazare o sustituya, de oficio o a petición de parte, procederá a determinar la existencia de un supuesto de práctica anticompetitiva, cuando se ejerza irregularmente de modo que constituya abuso de una posición dominante en el mercado, en los términos previstos por el artículo 44 de la ley y las demás disposiciones vigentes de la Ley de Defensa de la Competencia, previa citación del titular de

la patente, para que exponga las razones que hacen a su derecho, por un plazo de veinte (20) días. Producido el descargo y, en su caso, la prueba que se ofrezca, dicha autoridad dictaminará sobre la pertinencia de la concesión de licencias obligatorias y opinará respecto de las condiciones en que debieran ofrecerse.

En este último supuesto el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, recibidas las actuaciones, dispondrá la publicación de un aviso en el *Boletín Oficial*, en el *Boletín de Patentes* y en un diario de circulación nacional informando que estudiará las ofertas de terceros interesados en obtener una licencia obligatoria, otorgando un plazo de treinta (30) días para su presentación. Formulada la solicitud o solicitudes, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial resolverá fundadamente, concediendo o rechazando la licencia obligatoria. Esta resolución será susceptible de los recursos previstos en el último párrafo del artículo 42.

Las decisiones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial sobre la pertinencia de la concesión y las relativas a la concesión misma o, en su caso, el rechazo de las licencias obligatorias se adoptarán en un plazo que no excederá de los treinta (30) días.

45. El Poder Ejecutivo nacional otorgará las licencias obligatorias con causa en lo previsto por el artículo 45 de la ley, con la intervención del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial y, en su caso, la que corresponda al Ministerio de Salud y Acción Social o al Ministerio de Defensa, en el marco de las competencias que les asigne la Ley de Ministerios.

46. Las resoluciones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial dictadas en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 46 de la ley, serán susceptibles de los recursos previstos en el último párrafo del artículo 42 de esta reglamentación.

47. El otorgamiento de licencias obligatorias será considerado en función de las circunstancias de cada caso y siempre que se hubiere incurrido en alguna de las causales que fija la ley para que procedan. Se extenderán a las patentes relativas a los componentes y procesos de fabricación que permitan su explotación cuando se presente alguna de las causales que fija la ley para ello y se otorgarán en las condiciones previstas en el artículo 47 de la ley.

48. Sin reglamentar.

49. Sin reglamentar.

50. El * Instituto Nacional de la Propiedad Industrial establecerá el procedimiento y el modo de acreditación de la capacidad económica y técnica,

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

según las normas vigentes emanadas de las autoridades competentes, para realizar una explotación eficiente de la invención patentada, entendida en términos de abastecimiento del mercado nacional en condiciones comerciales razonables.

CAPÍTULO VIII

Patentes de adición o perfeccionamiento

51. La solicitud de una licencia obligatoria de patente de adición será otorgada por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, por resolución fundada, previa acreditación de la importancia técnica o económica del mejoramiento del descubrimiento o invención. Las resoluciones que se dicten en el marco de este artículo serán susceptibles de los recursos previstos en el último párrafo del artículo 42 de esta reglamentación.

52. Sin reglamentar.

TÍTULO III

De los modelos de utilidad

53. Sin reglamentar.

54. Sin reglamentar.

55. Se considerará que la novedad del invento no ha sido quebrada cuando sea el solicitante quien haya hecho conocer o haya divulgado en el exterior el invento objeto de modelo de utilidad, dentro de los seis (6) meses previos a la presentación de la solicitud respectiva en la República Argentina.

56. Sin reglamentar.

57. Sin reglamentar.

58. Se aplicarán al procedimiento de certificados de modelos de utilidad, en lo pertinente, las normas de esta reglamentación relativas a las patentes de invención.

TÍTULO IV

Caducidad de las patentes y modelos de utilidad

59. Sin reglamentar.

60. Sin reglamentar.

61. Sin reglamentar.

62. Las decisiones definitivas que se adopten en virtud de las disposiciones del Título IV de la ley serán susceptibles de los recursos previstos en el último párrafo del artículo 42 de este reglamento.

63. Sin reglamentar.

64. Sin reglamentar.

65. Sin reglamentar.

66. Sin reglamentar.

TÍTULO V

Procedimientos administrativos

CAPÍTULO I

Procedimientos

67. Sin reglamentar.

68. Sin reglamentar.

69. Sin reglamentar.

70. La información técnica administrativa contenida en los expedientes de solicitud de patentes es secreta, y los agentes de la Administración Nacional de Patentes y del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial no permitirán que la misma sea divulgada o utilizada de cualquier manera por terceros no interesados o conocida en general. Asimismo custodiarán que no sea accesible para aquellos círculos en que normalmente ella se utiliza.

Quien viole ese secreto será pasible de las acciones legales que puedan corresponder, más pena de exoneración y multa según ellos sean dependientes directos del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, la Administración u organismo que por razones técnicas deban necesariamente intervenir, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 157, 172 y 173 del Código Penal. El sumario administrativo o proceso judicial podrá sustanciarse de oficio o a pedido de parte.

71. Sin reglamentar.

CAPÍTULO II

Recurso de reconsideración

72. La interposición del recurso de reconsideración, establecido en el artículo 72 de la ley no será recaudo de habilitación de los demás recursos administrativos o judiciales, que pudieran resultar pertinentes por aplicación de las normas de la ley o de la ley 19.549 y del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 (t.o. 1991).

73. Sin reglamentar.

74. Sin reglamentar.

TÍTULO VI

**Violación de los derechos conferidos por la patente
y el modelo de utilidad**

75. Sin reglamentar.

76. Sin reglamentar.

77. Sin reglamentar.

78. Sin reglamentar.

79. Sin reglamentar.

80. Sin reglamentar.

81. Sin reglamentar.

82. Sin reglamentar.

83. Las medidas cautelares y los recaudos exigidos para su procedencia, previstos en el artículo 83 de la ley, no excluirán la adopción de otras medidas cautelares, en los términos establecidos en la legislación sustantiva o procesal aplicable en cada caso.

84. Sin reglamentar.

85. Sin reglamentar.

86. Sin reglamentar.

87. Sin reglamentar.

88. Sin reglamentar.

89. Sin reglamentar.

TÍTULO VII

De la organización del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial

90. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, tendrá a su cargo la realización de la actividad que al Estado le compete en materia de propiedad industrial.

91. La estructura del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial estará constituida por los siguientes órganos:

- 1 — Directorio
- 2 — Unidad de Auditoría Interna (Sindicatura)
- 3 — Consejo Consultivo Honorario
- 4 — Administración Nacional de Patentes
- 5 — Direcciones

El Directorio es el órgano supremo de gobierno al que le corresponden las funciones de dirección y el control de la gestión del mismo.

El Directorio estará formado por un (1) presidente, un (1) vicepresidente y un (1) vocal.

El presidente del Directorio ejercerá la representación del Instituto, siendo reemplazado por el vicepresidente en caso de ausencia del primero.

La Sindicatura tendrá las funciones previstas en el Título VI de la ley 24.156 y sus disposiciones reglamentarias.

92. Se considerarán atribuciones del Instituto, además de las previstas en la ley:

a) La actuación administrativa en materia de reconocimiento y mantenimiento de la protección registral a las diversas manifestaciones de la propiedad industrial, comprendiendo la tramitación y resolución de expedientes y la conservación y publicidad de la documentación;

b) Difundir en forma periódica la información tecnológica, objeto de registro, sin perjuicio de otro tipo de publicación que considere pertinente. Para este fin contará con un banco de datos propio, con conexión a bancos internacionales en la materia y oficinas de la propiedad industrial extranjeras;

c) Proponer la adhesión de nuestro país a los convenios internacionales que aún no haya suscripto, y en general favorecer el desarrollo de las relaciones internacionales en el campo de la propiedad industrial;

d) Promover iniciativas y desarrollar actividades conducentes al mejor conocimiento y protección de la propiedad industrial en el orden nacional e internacional;

e) Mantener relaciones directas con organismos y entidades nacionales e internacionales que se ocupen de la materia;

f) Emitir dictámenes sobre cuestiones referidas a la propiedad industrial requeridas por autoridades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación;

g) Cualquier otra función que la legislación vigente le atribuya o que en lo sucesivo le sean atribuidas en materia de su competencia.

93. Serán funciones del Directorio, además de las previstas en la ley:

a) Proponer la política del Instituto y establecer las directivas para su cumplimiento;

b) Proponer el proyecto de presupuesto y efectuar la liquidación anual del mismo;

c) Aprobar la memoria anual de actividades del Instituto;

d) Elevar al Poder Ejecutivo nacional por intermedio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos las propuestas de adhesiones de la República Argentina a convenios internacionales en materia de propiedad industrial;

e) Deliberar, y en su caso, adoptar decisiones sobre temas sometidos a su consideración;

f) Crear el Premio Nacional a la Invención;

g) Reunir al Consejo Consultivo, por lo menos una vez al mes;

h) Dictar todas las resoluciones necesarias e inherentes a su condición de órgano supremo del Instituto, en especial las relativas a la efectivización de las funciones establecidas en el artículo 93 de la ley.

94. La Administración Nacional de Patentes tendrá a su cargo:

a) La tramitación, estudio y resolución de las solicitudes de concesión de patentes y modelos de utilidad;

b) Entender en los trámites de nulidad y caducidad y control de la explotación de patentes concedidas;

c) Expedir certificados y copias autorizadas de los documentos contenidos en los expedientes de su competencia;

d) Tomar razón de las transferencias de las patentes concedidas las que deberán presentarse en instrumento público y de las que se encuentren en estado de trámite, para las que se exigirá certificación de firma de cedente y cesionario;

e) Notificar sus actos resolutiveos y de tramitación conforme a la ley 19.549 y el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 (t.o. 1991);

f) Emitir informes y elaborar estadísticas sobre el funcionamiento, actividades y rendimiento de la oficina;

g) Actuar juntamente con el Departamento de Información Tecnológica y con la Asesoría Legal del Instituto para la adecuada aplicación de los convenios internacionales del área.

95. Sin reglamentar.

TÍTULO VIII

Disposiciones finales y transitorias

96. El monto de las multas, aranceles y anualidades fijadas podrá ser modificado por resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

97. El plazo de vigencia establecido en el artículo 35 de la ley 24.481 se aplicará sólo a las solicitudes presentadas con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

98. La autorización de elaboración y comercialización de productos farmacéuticos deberá requerirse ante el Ministerio de Salud y Acción Social y, en materia de productos agroquímicos, ante el Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal, dependiente de la Secretaría de Agricultura, Pesca y Alimentación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

99. Sin reglamentar.

100. No se aceptarán solicitudes de patentes de productos farmacéuticos cuyas primeras solicitudes en el país o en el extranjero hubieran sido presentadas con anterioridad al 1° de enero de 1995 salvo los casos en que los solicitantes reivindicaran la prioridad prevista en el Convenio de París con posterioridad a dicha fecha. En ningún caso las primeras solicitudes que sirvan de base para el inicio del trámite en República Argentina serán anteriores al 1° de enero de 1994. Se seguirán los mismos criterios en los casos de modificación o conversión de solicitudes de patentes de procedimiento a solicitudes de patentes de productos farmacéuticos.

101. I. Respecto de las invenciones * de productos farmacéuticos, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial instrumentará el siguiente procedimiento para las presentaciones de solicitud de patentes:

a) Establecerá a partir del 1° de enero de 1995 la recepción de las solicitudes de patentes.

b) Aplicará a esas solicitudes, a partir del 1° de enero de 1995, idéntico trámite y criterios de patentabilidad, prioridad y reivindicación que a las restantes materias patentables.

c) Otorgará la patente, si correspondiera, una vez transcurrido el período de transición previsto en el artículo 100 de la ley, por el plazo de veinte (20) años contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

II. Desde la fecha de vencimiento del período de transición, quien pretenda la limitación de los recursos disponibles al titular de los derechos sobre

* Texto según Fe de erratas (B.O. 11-IV-96).

materia protegida deberá haber iniciado los actos de explotación o haber efectuado una inversión significativa para tales actos con anterioridad al 1° de enero de 1995. En caso de comprobarse tal extremo, el titular de la patente tendrá derecho a percibir la retribución prevista en el artículo 102, párrafo tercero de la ley. La autorización no podrá conferirse si el titular de la patente garantizare el pleno abastecimiento del mercado interno a los mismos precios reales. Lo dispuesto en este párrafo será de aplicación a menos que corresponda su modificación para cumplimentar decisiones de la Organización Mundial del Comercio que sean de observancia obligatoria para la República Argentina.

III. La solicitud de derechos exclusivos de comercialización, durante el período de transición, será presentada ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, acompañando los elementos necesarios, a fin de que éste certifique:

a) Que el producto es objeto de una solicitud de patente ante el organismo.

b) Que con posterioridad al 1° de enero de 1995 se haya presentado una solicitud de patente para proteger el mismo producto en otro país miembro del TRIP's - GATT, verificando la coincidencia entre ambas presentaciones.

c) Que con posterioridad al 1° de enero de 1995 se haya concedido una patente para ese producto en ese otro país miembro de TRIP's - GATT.

d) Que con posterioridad al 1° de enero de 1995 se haya obtenido la aprobación de comercialización en ese otro país miembro del TRIP's - GATT.

Verificados dichos supuestos, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial resolverá sobre la procedencia de la concesión de derechos exclusivos de comercialización en la República Argentina, durante un período de cinco (5) años contados a partir de la aprobación de comercialización en la República Argentina, con la salvedad de que el permiso expirará con anterioridad a dicho plazo si previamente se concede o rechaza la solicitud de patente efectuada ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial o se revocara la autorización de comercialización.

La concesión de los derechos exclusivos de comercialización se encontrará supeditada a la autorización de los organismos competentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de esta reglamentación.

102. La presentación de solicitudes de patentes presentadas en el extranjero antes de la sanción de la ley se hará ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, que confeccionará, a esos efectos, un formulario especial que tendrá carácter de declaración jurada, en los términos del artículo 102 de la ley y observando el artículo 100 de este reglamento.

103. Sin reglamentar.

104. Sin reglamentar.

ANEXO III (Anexo I del dec. 590 del 18-X-1995)

ARANCELES CORRESPONDIENTES A DEPARTAMENTO MARCAS

1. Por presentación de solicitud de registro de marca:		
1.1. Por logo, descripción de marca y marca, que no exceda de 6 cms. de ancho por 2 cms. de alto	\$	100
1.2. Por cada centímetro de exceso	\$	3
1.3. Por columna de exceso	\$	6
2. Presentación de solicitud de renovación de marca (una marca en una clase)	\$	100
3. Reunificación de marcas (por cada marca reunificada dentro de la solicitud base)	\$	60
4. Transferencia de derechos:		
4.1. En solicitud	\$	30
4.2. Concedida	\$	50
5. Cambios de rubro:		
5.1. En solicitud	\$	20
5.2. Concedida	\$	40
6. Extensión de certificado de prioridad por Convenio de París	\$	50
7. Extensión de certificado de prioridad, fuera de convenio	\$	40
8. Extensión de certificado de estado de trámite	\$	20
9. Extensión del título de marca, con copia de la documentación	\$	20
10. Derecho a oposición por parte de terceros	\$	50
11. Contestaciones de vistas:		
11.1. Vista por admisión	\$	10
11.2. Surgida del estudio de fondo	\$	20
11.3. Surgida por oposición de terceros	\$	30
11.4. Ampliación de contestación de vista	\$	10
12. Pedido de extensión de plazos sobre vistas comunes:		
12.1. Primer pedido	\$	30
12.2. Segundo pedido	\$	45
12.3. Tercer pedido	\$	60
Pedido de extensión de plazos sobre intimación, único e improrrogable	\$	50
13. Pedidos de reconsideración:		
13.1. Contra resolución denegatoria	\$	75
13.2. Contra resolución de abandono	\$	40
14. Búsqueda de antecedentes:		
14.1. Búsqueda fonética:		
14.1.1. En una sola clase	\$	30
14.1.2. En las 34 clases de productos	\$	150
14.1.3. En las 8 clases de servicios	\$	90
14.1.4. En todas las clases	\$	200
14.2. Búsqueda por titular (por cada titular en las 42 clases)	\$	100
14.3. Búsqueda por denominación:		
14.3.1. En una sola clase	\$	15
14.3.2. En todas las clases	\$	100
15. Servicio de consulta por pantallas:		
15.1. Sin impresión		Sin cargo
15.2. Con impresión, por cada página	\$	0,50

16. Pedido de nuevo testimonio	\$	50
17. Pedido de informe de clasificación de productos/servicios (s/arreglo Niza):		
17.1. Realizado en nuestras oficinas	\$	20
17.2. Utilizando información de oficinas extranjeras (OMPI) más los costos resultantes de la operatoria	\$	30
18. Precio del Boletín de Marcas:		
18.1. Por ejemplar	\$	2
18.2. Por ejemplar atrasado	\$	3
18.3. Suscripción semestral (26 ejemplares)	\$	40
18.4. Revista mensual	\$	25
19. Ratificación de presentaciones efectuadas como gestor de negocios:		
19.1. En solicitud de registro o renovación	\$	50
19.2. En oposición	\$	30
20. Pedidos de corrección por errores formales en la presentación (titular, domicilio, etc.)	\$	20
21. Copia de documentos para terceros:		
21.1. Fotocopias simples, hasta 10 páginas	\$	1,50
21.2. Excedente de 10 páginas, por página	\$	0,20
21.3. Fotocopia autenticada, hasta 10 páginas	\$	2,50
21.4. Excedente de 10 páginas, por página	\$	0,30

ARANCELES

Art. 85.— Las patentes de invención y los certificados de modelos de utilidad están sujetos al pago de los siguientes aranceles:

1. Por presentación de solicitud de patente:		
1.1. Hasta 10 reivindicaciones	\$	200
1.2. Por reivindicación excedente de 10	\$	10
2. Pedido de publicación anticipada	\$	70
3. Pedido de examen de fondo:		
3.1. Hasta 10 reivindicaciones	\$	300
3.2. Por cada reivindicación excedente de 10	\$	10
3.3. Adicional por estudio en instalaciones propias del solicitante, más gastos de traslado a cargo del mismo	\$	200
4. Derecho a oposición u observación por parte de terceros	\$	150
5. Contestaciones de vistas:		
5.1. Surgida del examen preliminar	\$	30
5.2. Surgida del examen de fondo	\$	60
5.3. Surgida por oposición de terceros	\$	100
6. Pedido de extensión de plazos:		
6.1. Primer pedido	\$	40
6.2. Segundo pedido	\$	80
6.3. Tercer pedido	\$	150
7. Pedido de paralización de trámite	\$	100
8. Pedidos de reconsideración:		
8.1. Contra resolución denegatoria	\$	150
8.2. Contra resolución de abandono	\$	80

9. Extensión del título de patente, con copia de la documentación hasta 50 páginas	\$	20
De 51 a 100 páginas	\$	40
Más de 100 páginas	\$	70
10. Extensión de certificado de prioridad por Convenio de París	\$	50
11. Extensión de certificado de prioridad fuera de Convenio	\$	40
12. Extensión de certificado de estado de trámite	\$	20
13. Transferencias de derechos:		
13.1. En solicitud	\$	30
13.2. En patente	\$	50
14. Contrato de licencia	\$	50
15. Conversión de modelo de utilidad a patente y viceversa	\$	200
16. Pedido de examen de fondo realizado en oficinas extranjeras, o de información a instituciones científico-tecnológicas, más costos resultantes de los mismos	\$	200
17. Anualidades:		
1ro. a 3er. año, por año	\$	100
4to. a 6to. año, por año	\$	140
7mo. año en adelante, por año	\$	200
18. Los aranceles correspondientes a modelos de utilidad serán el 50% de los que se apliquen a patentes de invención		
19. Las PYME e instituciones de finalidad no económica pagarán aranceles equivalentes al 50% de los aquí establecidos		
20. Copia de documentos para terceros:		
20.1. Fotocopias simples, hasta 10 páginas	\$	1,50
Excedente de 10 páginas, por página	\$	0,20
20.2. Fotocopia autenticada, hasta 10 páginas	\$	2,50
Excedente de 10 páginas, por página	\$	0,30
21. Recargo por incumplimiento en los plazos de pago de las anualidades: 30% sobre el valor del respectivo arancel		
22. Nuevos testimonios	\$	50

ARANCELES CORRESPONDIENTES A OFICIOS Y TRANSFERENCIAS

1. Información:		
1.1. Por pedido de parte, por juicio en trámite, cada uno	\$	30
1.2. Información sobre la existencia de medidas cautelares	\$	30
2. Solicitud de anotación de medida cautelar:		
2.1. Embargos, si no correspondiera lo dispuesto por la ley 19.551, artículo 296, inciso 8	\$	50
2.2. Inhibiciones, a petición de parte	\$	30
3. Levantamiento de medida cautelar, a pedido de parte	\$	40
4. Copias de expedientes para presentación judicial incluido su diligenciamiento:		
4.1. Por copia simple:		
4.1.1. Marcas y modelos	\$	20
4.1.2. Patentes	\$	40
4.2. Por copia autenticada:		
4.2.1. Marcas y modelos	\$	40

4.2.2. Patentes	\$	80
4.3. Adicional por trámite urgente (72 horas) a devolver en caso de no poder cumplimentar el servicio	\$	50
5. Recepción y diligenciamiento de demandas:		
5.1. Por un acta	\$	50
5.2. Por acta adicional	\$	10
6. Búsquedas:		
6.1. Búsqueda fonética:		
6.1.1. En una sola clase	\$	30
6.1.2. En las 34 clases de productos	\$	150
6.1.3. En las 8 clases de servicios	\$	90
6.1.4. En todas las clases	\$	200
6.2. Búsqueda por titular (por cada titular en las 42 clases)	\$	100
6.3. Búsqueda por denominación:		
6.3.1. En una sola clase	\$	15
6.3.2. En todas las clases	\$	100
7. Solicitud de transferencia o cambio de rubro o cambio de forma societaria:		
7.1. Adjuntando título	\$	50
7.2. Sin adjuntar título, con emisión de nuevo testimonio	\$	100
8. Solicitud de nuevo testimonio	\$	50
9. Solicitud de exclusión de productos/ servicios protegidos (renuncia):		
9.1. Parcial	\$	30
9.2. Total	\$	40
10. Extensión de certificado de estado de trámite	\$	20
11. Desestimientos y renunciaciones	\$	30
12. Pedido de corrección de errores formales en la presentación (titular, domicilio, etc.)	\$	20

**ARANCELES CORRESPONDIENTES AL DEPARTAMENTO
DE MODELOS Y DISEÑOS INDUSTRIALES**

1. Solicitud de registro de modelo o diseño industrial	\$	80
2. Solicitud de registro de 1ra. renovación	\$	80
3. Solicitud de registro de 2da. renovación	\$	80
4. Transferencia de derechos:		
4.1. En solicitud	\$	30
4.2. Concedido	\$	50
5. Cambio de rubro:		
5.1. En solicitud	\$	20
5.2. Concedido	\$	20
6. Extensión de certificado de prioridad por Convenio de París	\$	50
7. Extensión de certificado de prioridad, fuera de convenio	\$	40
8. Extensión de certificado de estado de trámite	\$	20
9. Extensión de título de modelo o diseño industrial, con copia de la documentación	\$	40
10. Contestación de vistas	\$	30
11. Pedido de paralización de trámite	\$	100
12. Recursos administrativos	\$	50
13. Nuevo testimonio	\$	50

14. Búsquedas:	
14.1. Por titular, en todas las clases por cada titular	\$ 100
14.2. Búsqueda de antecedentes, en todas las clases	\$ 30
15. Copia de documentos para terceros:	
15.1. Fotocopias simples, hasta 10 páginas	\$ 1,50
15.2. Excedente de 10 páginas, por página	\$ 0,20
15.3. Fotocopias autenticadas hasta 10 páginas	\$ 2,50
15.4. Excedente de 10 páginas, por página	\$ 0,30

ARANCELES DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN TECNOLÓGICA

1. Búsqueda de antecedentes técnicos:	
1.1. Base de datos disponible en la oficina:	
1.1.1. Búsqueda temática:	
1.1.1.1. Bases de datos de patentes argentinas:	
Total	\$ 60
Desde 1975	\$ 40
1.1.1.2. Bases de datos de patentes extranjeras (US.EP.ES.):	
Por base consultada	\$ 50
1.1.2. Búsqueda por datos bibliográficos (excepto título):	
Por dato bibliográfico hasta 10 citas de patentes	\$ 20
Por cada cita de patente, en exceso de 10	\$ 0,70
1.2. Bases de datos externas a la oficina:	
1.2.1. Costo total	costo de la fuente + 20%
1.2.1.1. Búsquedas temáticas, arancel preliminar	\$ 60
1.2.1.2. Búsquedas por datos bibliográficos, arancel preliminar	\$ 30
1.2.1.3. Familia de patentes, arancel preliminar	\$ 50
2. Servicios de vigilancia de patentamiento:	
2.1. En base disponible en la oficina:	
2.1.1. Temático:	
2.1.1.1. Patentes argentinas:	
Suscripción anual (entrega trimestral)	\$ 250
Informe trimestral individual	\$ 70
2.1.1.2. Patentes extranjeras (US.EP.ES.):	
Suscripción anual (entrega cuatrimestral)	\$ 300
Informe cuatrimestral individual	\$ 110
2.1.2. Por titular de patentes:	
2.1.2.1. Patentes argentinas:	
Suscripción anual (entrega trimestral)	\$ 100
Informe trimestral individual	\$ 30
2.1.2.2. Patentes extranjeras (US.EP.ES.):	
Suscripción anual (entrega cuatrimestral)	\$ 120
Informe cuatrimestral individual	\$ 50
3. Informe sobre el estado de la técnica:	
3.1. Bases de datos disponibles en la oficina:	
Por informe	\$ 300
4. Tendencias de patentamiento:	
4.1. Bases de datos disponibles en la oficina:	
4.1.1. Patentes argentinas:	
Por subclase o grupo de la clasificación internacional de patentes o tema	\$ 100
4.1.2. Patentes extranjeras (US.EP.ES.):	

Por subclase o grupo de clasificación internacional de patentes o tema	\$ 150
5. Pedidos de documentos:	
5.1. Documentos de patentes argentinas	\$ 2 + 0,20 por página
5.2. Otros documentos disponibles en la oficina	\$ 2 + 0,20 por página
5.3. Documentos de patentes extranjeras:	
5.3.1. Provistos a la oficina por correo	\$ 15 + 0,20 por página
5.3.2. Provistos a la oficina por fax	costo de la fuente + 20%
Arancel preliminar	\$ 20
6. Envío al solicitante:	
6.1. Resultado de búsqueda:	
Correo c/aviso de retorno	\$ 5
Fax nacional: datos bibliográficos únicamente	\$ 10
Fax nacional: reivindicación o resumen y dibujos	\$ 20
6.2. Documentos:	
Correo c/aviso de retorno	\$ 10
Fax nacional, por documento	\$ 30

ARANCELES CORRESPONDIENTES A TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Solicitud de registro	1o/oo sobre valor económico del Convenio
Extensión certificados DGI	\$ 150

Los demás trámites no expresamente enunciados serán asimilados a los vigentes para marcas.

PATENTES DE INVENCIÓN Y MODELOS DE UTILIDAD

DECRETO N° 548/95 *

Visto el Proyecto de ley 24.481, sancionado por el Honorable Congreso de la Nación el 30 de marzo de 1995, y

Considerando:

Que la ley 17.011 ratificó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 10 de marzo de 1993, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1990, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

Que la ley 24.425 aprobó el Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales y Multilaterales, y las decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales y el Acuerdo de Marrakech por el que

* Fecha: 18-IV-1995; publicación: B.O. 21-IV-1995. Observación parcial de la ley 24.481.

se establece la Organización Mundial del Comercio, y sus Anexos, entre ellos, el Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio (en adelante "el Acuerdo").

Que ambas normas constituyen tratados internacionales aprobados por el Honorable Congreso de la Nación, y poseen jerarquía superior a las leyes, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Que en el inciso c) del artículo 7º del Proyecto de Ley, se ha deslizado un error material, que importa incluir a los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de microorganismos entre la materia patentable, colisionando con lo dispuesto por el artículo 27, inciso 3º, apartado b) del Acuerdo, y encontrándose debidamente incluida la excepción en el inciso b) del Proyecto de Ley.

Que el inciso c) del artículo 36 del Proyecto de Ley, dispone que el derecho que confiere una patente no producirá efectos contra cualquier persona que adquiera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país, colisionando con lo dispuesto por el artículo 28 del Acuerdo.

Que el artículo 37 del Proyecto de Ley no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 70, inciso 4º del Acuerdo respecto de la protección de la materia existente, encontrándose previsto tal supuesto en forma adecuada en otras normas.

Que el artículo 42, al establecer la explotación de la patente exclusivamente mediante la ejecución en el territorio nacional y excluir la importación, colisiona con lo dispuesto por el artículo 2º, inciso 2º del Convenio de París y el artículo 27, inciso 1º del Acuerdo.

Que el artículo 43 merece similar observación, pues resulta consecuencia del anterior, y además debe tenerse presente que el uso sin autorización del titular de la patente se halla sometido a las limitaciones dispuestas por el artículo 31 del Acuerdo.

Que el artículo 44 faculta al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, a establecer excepciones limitadas a los derechos conferidos por una patente. Sin embargo, la excesiva latitud de las causas que lo habilitan constituye una extrapolación del principio del artículo 8º, inciso 1º del Acuerdo incompatible con la seguridad jurídica de sus restantes disposiciones, y con su artículo 30. A la vez otorgaría gran discrecionalidad a los funcionarios públicos, y ello no es congruente con las reformas económicas habidas en el país y con la transparencia que debe caracterizar a la Administración, ni con la estabilidad que requiere la propiedad industrial a fin de encarar inversiones de largo plazo en investigación y desarrollo.

Que la primera parte del último párrafo del artículo 46 contraviene lo dispuesto por el artículo 31, incisos a) y h) del Acuerdo, en cuanto a que la autorización será considerada en función de sus circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización.

Que el segundo párrafo del artículo 47 establece supuestos de prácticas anticompetitivas incongruentes con lo dispuesto por la ley 22.262 de defensa de la competencia, en especial sus artículos 1º, 2º y 41, debiendo regirse esta materia por la ley específica, y lo dispuesto por la Sección VIII del Acuerdo para el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Debe tenerse en cuenta que el Proyecto de ley deroga el artículo 5º de la citada Ley de Defensa de la Competencia, por lo cual no queda duda alguna de su aplicación al régimen de la propiedad indus-

trial. La ley 22.262 prohíbe y sanciona los actos o conductas relacionadas con la producción de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, sin perjuicio, claro está, del regular ejercicio de los derechos que acuerda la patente otorgada, conforme a las normas de los tratados internacionales y a la ley.

Que la última parte del artículo 50 del Proyecto de ley contraviene, como ya se ha visto, lo dispuesto por el artículo 31, inciso h) del Acuerdo.

Que en los incisos d) y f) del artículo 65 del Proyecto de ley colisionan con el plazo de dos (2) años previsto en el artículo 5º, inciso 3º del Convenio de París. El inciso h), por su parte, colisiona con la misma norma, puesto que la caducidad no podrá ser prevista para el caso en que la concesión de licencias obligatorias no hubiere bastado para prevenir estos abusos.

Que el inciso g) del referido artículo 65 del Proyecto de ley tampoco resulta compatible con lo dispuesto por el artículo 5º del Convenio de París. Los conceptos recogidos por éste guardan analogía con los del artículo 27, inciso 2º del Acuerdo para la exclusión de patentabilidad, pero habiéndose otorgado ésta corresponderá prohibir su explotación, si fuera necesario para proteger el orden público o la moralidad, o proteger la salud, la vida de personas o animales o para preservar vegetales, o evitar daños graves al medio ambiente.

Que el artículo 91 del Proyecto de ley contraviene lo dispuesto por el artículo 34, inciso 1º del Acuerdo al establecer un plazo de aplicación a partir del año 2000 y una transcripción parcial del mecanismo de carga de la prueba. La norma del tratado —como la mayor parte de éstas— resulta operativa *per se*, por lo que las autoridades judiciales podrán aplicarla directamente.

Que el tercer párrafo del artículo 94 del Proyecto de ley no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 7º de la Constitución Nacional, el cual dispone que el Presidente de la Nación por sí solo nombra y remueve los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por la Constitución. Además, debe tenerse presente que la ley 20.677 dispuso suprimir el requisito del acuerdo del Honorable Senado de la Nación para la designación de funcionarios en todos aquellos organismos de la Administración Pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, cuyas normas de creación, constitución y funcionamiento así los establezcan y cuya designación no esté reglada por la Constitución Nacional.

Que el artículo 97 del Proyecto de ley, dispone la creación de una Administración Nacional dependiente del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, correspondiendo al Poder Ejecutivo determinar la organización administrativa que considere pertinente teniendo en cuenta las políticas de contención del gasto público implementadas por este Gobierno.

Que el artículo 102 del Proyecto de ley, establece una vigencia retroactiva incompatible con los aproximadamente cincuenta mil (50.000) trámites que se autorizan mensualmente para proteger derechos de propiedad industrial, y generaría graves conflictos del orden legal en cuanto a sus alcances y derechos.

Que los artículos 104 y 105 del Proyecto de ley establecen fechas de vigencia parcial de la ley y para el otorgamiento de ciertas patentes que no guardan relación con la aprobación dispuesta por el artículo 1º de la ley 24.425 relativa al Acuerdo sobre los Aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; el referido tra-

tado fue aprobado por el Honorable Congreso de la Nación sin efectuar ninguna de las reservas o aplazamientos que prevé el artículo 65 para los países en desarrollo.

Se trata ésta de una circunstancia perfectamente lógica y consistente, puesto que la República Argentina se halla en un estado de desarrollo tecnológico e industrial en el cual tales aplazamientos no hubieran sino retrasado las inversiones en investigación y desarrollo, y el consecuente crecimiento de su industria y de las actividades económicas en general, al propio tiempo que la continuarían segregando de la mayor parte de los países de la comunidad internacional que reconocen y respetan los derechos de propiedad industrial respecto de los productos farmacéuticos, razones éstas que tornan necesaria la observación que se formula. Además, el último párrafo del artículo 105 del Proyecto de ley no guarda relación con las normas de protección de la materia existentes previstas en el artículo 70 del Acuerdo.

Que las facultades para el dictado del presente surgen de lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Nacional.

Por ello,

El Presidente de la Nación Argentina decreta:

Artículo 1. Obsérvanse los artículos 37, 42, 43, 44, 91, 97, 102, 104 y 105 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 2. Obsérvese el inciso c) del artículo 7º del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 3. Obsérvese el inciso c) del artículo 36 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 4. Obsérvese el cuarto párrafo del artículo 36 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481 la frase que dice “la que será fijada teniendo en cuenta la tasa de regalías promedio para el sector de que se trata en contratos de licencias comerciales entre partes independientes”.

Art. 5. Obsérvese el segundo párrafo del artículo 47 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 6. Obsérvese en el artículo 50 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481 la frase que dice: “la que será fijada teniendo en cuenta la tasa de regalía promedio para el sector de que se trate en contratos de licencia comercial entre partes independientes”.

Art. 7. Obsérvanse los incisos d), f), g) y h) del artículo 65 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 8. Obsérvese el tercer párrafo del artículo 94 del Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 9. Devuélvase al Honorable Congreso de la Nación el Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481.

Art. 10. Comuníquese, etcétera.

COMUNICACIÓN DE LA HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS *

Honorable Cámara de Diputados de la Nación-Presidencia

Buenos Aires, 23 de mayo de 1995.

Señor Presidente de la Nación.

Tengo el honor de dirigirme al señor Presidente, acompañándole el Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481, de patentes de invención y modelos de utilidad, comunicándole que esta Honorable Cámara ha considerado en sesión de la fecha, la sanción del Honorable Senado sobre las observaciones parciales producidas por el Poder Ejecutivo, y ha confirmado los artículos 36 inciso c); 44; 46; 47; 50; 91; 94; 97; 104 y 105, aceptando las observaciones a los artículos 7º, inciso c); 37; 42; 43; 65 incisos d), f), g) y h) y artículo 102, quedando así definitivamente sancionado.

Dios guarde al señor Presidente.

PATENTES DE INVENCIÓN Y MODELOS DE UTILIDAD

LEY N° 24.572 **

Artículo 1. Sustitúyense los artículos 36, inciso c), 44, 46 último párrafo, 50, 91, 94, 104, 105 y 106 inciso a) de la ley 24.481, por los siguientes:

Artículo 36, inciso c): Cualquier persona que adquiera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país. Se entenderá que la puesta en el comercio es lícita cuando sea de conformidad con el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual Vinculados con el Comercio. Parte III, Sección IV, Acuerdo TRIP'S-GATT.

Artículo 44: El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial a requerimiento fundado de autoridad competente, podrá establecer excepciones limitadas a los derechos conferidos por una patente. Las excepciones no deberán atentar de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.

Artículo 46, último párrafo: La autoridad de aplicación previa audiencia de las partes y si ellas no se pusieran de acuerdo, fijará una remuneración razonable que percibirá el titular de la patente, la que será establecida según las circunstancias propias de cada caso y habida cuenta del valor económico de la autorización, teniendo presente la tasa de regalías promedio para el sector

* Dirigida al señor Presidente de la Nación, acerca de las observaciones del Poder Ejecutivo sobre el Proyecto de ley registrado bajo el número 24.481, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (B.O. 20-IX-1995).

** Sanción: 28-IX-1995; promulgación: 18-X-1995; B.O. 23-X-1995 —Suplemento—.

de que se trate en contratos de licencias comerciales entre la partes independientes. Las decisiones referentes a la concesión de estos usos deberán ser adoptadas dentro de los noventa (90) días hábiles de presentada la solicitud y ellas serán apeladas por ante la Justicia en lo Civil y Comercial. La sustanciación del recurso no tendrá efectos suspensivos.

Artículo 50: Cuando se permitan otros usos sin autorización del titular de la patente, se observarán las siguientes disposiciones:

a) La autorización de dichos usos la efectuará el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial;

b) La autorización de dichos usos será considerada en función de las circunstancias propia de cada caso;

c) Para los usos contemplados en el artículo 46 y/o 49, previo a la concesión el potencial usuario deberá haber intentado obtener la autorización del titular de los derechos en término y condiciones comerciales conforme al artículo 46, y esos intentos no hubieren surtido efectos en el plazo dispuesto por el artículo 45. En el caso de uso público no comercial, cuando el gobierno o el contratista, sin hacer una búsqueda de patentes, sepa o tenga motivos demostrables para saber que una patente válida es o será utilizada por o para el gobierno, se informará sin demoras a su titular;

d) La autorización se extenderá a las patentes relativas a los componentes y procesos de fabricación que permitan su explotación;

e) Esos usos serán de carácter no exclusivo;

f) No podrán cederse, salvo en aquella parte de la empresa o de su activo tangible que la integre;

g) Se autorizarán para abastecer principalmente el mercado interno, salvo en los casos dispuestos en los artículos 47 y 48;

h) El titular de los derechos percibirá una remuneración razonable según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización, siguiendo el procedimiento del artículo 46; al determinar el importe de las remuneraciones en los casos en que los usos se hubieran autorizado para poner remedio a prácticas anticompetitivas se tendrá en cuenta la necesidad de corregir dichas prácticas y se podrá negar la revocación de la autorización si se estima que es probable que en las condiciones que dieron lugar a la licencia se repitan;

i) Para los usos establecidos en el artículo 48 y para todo otro uso no contemplado, su alcance y duración se limitará a los fines para los que hayan sido autorizados y podrán retirarse si las circunstancias que dieron origen a esa autorización se han extinguido y no sea probable que vuelvan a surgir, estando el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial facultado para examinar, previa petición fundada, si dicha circunstancia sigue existiendo. Al dejarse sin efecto estos usos se deberá tener en cuenta los intereses legítimos de las personas que hubieran recibido dicha autorización. Si se tratara de tecnología de

semiconductores, sólo podrá hacerse de ella uso público no comercial o utilizarse para rectificar una práctica declarada contraria a la competencia tras un procedimiento judicial o administrativo.

Artículo 91: A los efectos de los procedimientos civiles, cuando el objeto de una patente sea un procedimiento para obtener un producto, los jueces estarán facultados a partir del 1° de enero del año 2000, para ordenar que el demandado pruebe que el procedimiento para obtener un producto es diferente del procedimiento patentado. A los efectos de esa facultad judicial se establece que, a partir de esa fecha y, salvo prueba en contrario, todo producto idéntico producido sin el consentimiento del titular de la patente ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado siempre que dicho producto sea nuevo a esa fecha, en los términos del artículo 4° de la presente ley.

Artículo 94: El Instituto de la Propiedad Industrial será conducido y administrado por un directorio integrado por tres (3) miembros designados por el Poder Ejecutivo nacional, uno de ellos a propuesta del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otro a propuesta del Ministerio de Salud y Acción Social.

Los tres (3) miembros elegirán de su seno a los directores que ejercerán la presidencia y vicepresidencia respectivamente. El miembro restante actuará como vocal. Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función comprendiéndoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo serán removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo nacional.

Los directores mencionados durarán cuatro (4) años en sus cargos pudiendo ser reelegidos indefinidamente.

En el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial funcionará una sindicatura que tendrá como cometido la fiscalización y control de los actos de los órganos que componen el Instituto.

La sindicatura será ejercida por un síndico titular y un suplente designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de la Auditoría General de la Nación.

Artículo 104: No serán patentables las invenciones de productos farmacéuticos antes de los cinco (5) años de publicada la presente ley en el *Boletín Oficial*. Hasta esa fecha no tendrá vigencia ninguno de los artículos contenidos en la presente ley en los que se disponga la patentabilidad de invenciones de productos farmacéuticos, ni aquellos otros preceptos que se relacionen indisolublemente con la patentabilidad del mismo.

Artículo 105: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se podrán presentar solicitudes de patentes de productos farmacéuticos en la forma y condiciones establecidas en la presente ley, las que serán otorgadas a partir de los cinco (5) años de publicada la presente en el *Boletín Oficial*.

La duración de las patentes mencionadas precedentemente será la que surja de la aplicación del artículo 35.

El titular de la patente tendrá el derecho exclusivo sobre su invento a partir de los cinco (5) años de publicada la presente ley en el *Boletín Oficial* salvo que el o los terceros que estén haciendo uso de su invento sin su autorización garanticen el pleno abastecimiento del mercado interno a los mismos precios reales. En tal caso el titular de la patente sólo tendrá derecho a percibir una retribución justa y razonable de dichos terceros que estén haciendo uso de ellas desde la concesión de la patente hasta su vencimiento. Si no hubiese acuerdo de partes, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial fijará dicha retribución en los términos del artículo 46. Lo dispuesto en este párrafo será de aplicación a menos que corresponda su modificación para cumplimentar decisiones de la Organización Mundial del Comercio adoptadas de conformidad con el acuerdo TRIP'S-GATT, que sean de observancia obligatoria para la República Argentina.

Artículo 106, inciso a): La primera solicitud haya sido solicitada dentro del año anterior a la sanción de la presente ley.

Art. 2. Comuníquese, etcétera.

LEY DE ADOPCIÓN

LEY N° 24.779 *

Artículo 1. Incorpórase al Código Civil, como Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero, el siguiente texto:

TÍTULO IV

De la adopción

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

311. La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos cuando:

1. Se trate del hijo del cónyuge del adoptante.
2. Exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.

* Sanción: 28-II-1997; promulgación: 26-III-1997; publicación: *B.O.* 1°-IV-1997.

312. Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor.

El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto.

313. Se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente.

Si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.

314. La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el juez o el tribunal, con la asistencia del Asesor de Menores si correspondiere.

315. Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

No podrán adoptar:

- a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aun por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos;
- b) Los ascendientes a sus descendientes;
- c) Un hermano a sus hermanos o medio hermanos.

316. El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez.

El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda.

La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono mismo.

Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge.

317. Son requisitos para otorgar la guarda:

- a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.

No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evi-

dente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

b) Tomar conocimiento personal del adoptando;

c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin;

d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad.

318. Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

319. El tutor sólo podrá iniciar el juicio de guarda y adopción de su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela.

320. Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando medie sentencia de separación personal;

b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores;

c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge.

321. En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;

b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;

c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oírá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor;

d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;

e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes;

f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes;

g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor;

h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;

i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

322. La sentencia que acuerde la adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda.

Cuando se trate del hijo del cónyuge el efecto retroactivo será a partir de la fecha de promoción de la acción.

CAPÍTULO II

Adopción plena

323. La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

324. Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.

325. Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores:

a) Huérfanos de padre y madre;

b) Que no tengan filiación acreditada;

c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial;

d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad;

e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

En todos los casos deberán cumplirse los requisitos previstos en los artículos 316 y 317.

326. El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación.

En caso que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva.

En uno y en otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición.

Si la adoptante fuese viuda cuya marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el de casada.

327. Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323.

328. El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

CAPÍTULO III

Adopción simple

329. La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código.

Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

330. El juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte por motivos fundados, podrá otorgar la adopción simple.

331. Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.

332. La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho años.

La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto si existen causas justificadas.

333. El adoptante hereda *ab-intestato* al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

334. El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos.

335. Es revocable la adopción simple:

- a) Por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en este Código para impedir la sucesión;
- b) Por haberse negado alimentos sin causa justificada;
- c) Por petición justificada del adoptado mayor de edad;
- d) Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad.

La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro todos los efectos de la adopción.

336. Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación. Ninguna de estas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el artículo 331.

CAPÍTULO IV

Nulidad e inscripción

337. Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código:

1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:

- a) La edad del adoptado;
- b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres;
- d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges;
- e) La adopción de descendientes;
- f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.

2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:

- a) La edad mínima del adoptante;
- b) Vicios del consentimiento.

338. La adopción, su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

CAPÍTULO V

Efectos de la adopción conferida en el extranjero

339. La situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero.

340. La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores.

Art. 2. A los fines de esta ley, las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios.

Disposición transitoria

Art. 3. En los casos en que hubiese guarda extrajudicial anterior a la entrada en vigencia de la presente ley, el juez podrá computar el tiempo transcurrido en guarda conforme al artículo 316 del Código Civil incorporado por la presente.

Art. 4. Deróganse la ley 19.134 y el artículo 4050 del Código Civil.

Art. 5. Comuníquese, etcétera.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	9
--------------------	---

PRIMERA PARTE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I DOMICILIO Y NACIONALIDAD

1. Concepto e historia.....	13
a) Roma: ciudadanos y peregrinos.....	14
b) El principio de igualdad.....	14
c) Invariabilidad de la persona: <i>Glosa de Accursio</i>	15
d) Excepciones a la ley personal.....	15
e) <i>Origo</i> y domicilio.....	16
f) El sistema de la nacionalidad.....	17
2. Argumentos en favor de la nacionalidad o el domicilio como puntos de conexión más apropiados.....	18
a) Necesidad y voluntad.....	18
3. Conciliación entre ambos criterios.....	19
4. La legislación argentina.....	20
5. Tratados de Montevideo.....	21
a) Definición: el artículo 5°.....	21
b) Mujer separada.....	22
c) Personas jurídicas.....	22
d) Cambio de domicilio.....	22

CAPÍTULO II PERSONAS

1. Personas físicas. Estado y capacidad.....	23
a) Doctrina del <i>favor negotii</i>	24

b) El artículo 14, inciso 4º del Código Civil	24
c) Capacidad adquirida	25
2. Régimen de la capacidad de las personas en el Derecho Internacional Privado argentino	26
a) Ley personal	26
b) Materias de estricto carácter real	26
3. Las personas jurídicas	27
a) Naturaleza	27
b) Grados de actuación	29
4. La actuación internacional o extraterritorial de los Estados	29
a) Inmunidad jurisdiccional de los Estados y prórroga de jurisdicción	30
b) Ley permanente de presupuesto	31
c) Legislación bancaria	31
d) Código Procesal Civil y Comercial	31
e) Legislación argentina anterior	32
5. Una previsión fundamental	34
a) El caso Fibraca	34
b) El caso Manauta	35
c) La ley 24.488. Inmunidad y excepciones	36
1) Consentimiento	36
2) Reconvencción	37
3) Actividad comercial. Industrial	37
4) Cuestiones laborales	37
5) Daños y perjuicios	37
6) Acciones reales	37
7) Herencia. Legado	37
8) Convenio de arbitraje comercial	37
9) Derechos humanos	37
d) Decreto 849/95	38
1) Invocación de inmunidad y aceptación de competencia	38
2) Plazos	39
3) Privilegios anteriores	39
4) Opinión de la cancillería	39

CAPÍTULO III

MATRIMONIO

1. El papel del orden público: capacidad para casarse	41
2. El artículo 159 del Código Civil	42
3. El artículo 7º de la ley 2393	42
4. Los Tratados de Montevideo y nuestra legislación	43
a) Capacidad para contraer matrimonio	43

ÍNDICE GENERAL

397

b) Impedimentos	43
c) El divorcio vincular y la ley 23.515.....	44
d) Nulidad de la renuncia	44
e) Separación en el extranjero y divorcio posterior en el país.....	45
f) Relación con los Tratados de Montevideo	45
g) Diferencias entre ambos Tratados de Montevideo	45
h) Hipótesis de bigamia.....	46
i) Régimen patrimonial del matrimonio	46
j) La autonomía de la voluntad y el Tratado de Montevideo.....	47
5. Ley aplicable y jurisdicción competente.....	48
6. Conversión de separación extranjera en divorcio argentino.....	48
a) La jurisdicción en el artículo 104 de la ley 2393.....	48
b) La Corte Suprema y el caso Vlasov	48
c) Privación efectiva de justicia	49
d) Régimen de Montevideo.....	49

CAPÍTULO IV

EL VÍNCULO PATERNO FILIAL

1. Criterios generales.....	51
2. Filiación.....	52
3. Adopción.....	53
a) Leyes argentinas.....	53
b) Nuevo régimen de adopción.....	54
1) La reciente ley 24.779 y la adopción internacional	54
2) Residencia en el país	55
3) Competencia.....	55
4) Registro de adopción.....	56
c) Tratado de 1940	56
d) Informe de la International Law Association	57
e) Adopción y tráfico de menores.....	58
1) El enfoque del tema.....	58
2) La noble finalidad de la adopción	59
3) Un crimen de nuestro tiempo	59
4) La reciente Convención de La Haya.....	59
5) Interés legítimo de padres e hijos.....	60

CAPÍTULO V

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. Concepto	61
a) Fundamentos: autonomía de la voluntad e interpretación de la voluntad pasiva	61

b) Orden público	62
c) Leyes de policía	62
d) Carácter excepcional del orden público	63
e) Localización del contrato	64
2. Interpretación de la voluntad pasiva	65
a) Los principios generales	65
3. El régimen de nuestro Código Civil	66
a) Autonomía de la voluntad	66
b) Lugar de cumplimiento si es en la República	67
c) Lugar de celebración	67
4. Excepciones a la ley del lugar de celebración por razones de orden público inter- nacional argentino	68
5. Excepción a la ley del lugar de celebración en la Argentina fundada en la moral y solidaridad internacionales	68
a) El caso de la deuda externa	69
6. Contratos sin lugar designado de cumplimiento	70
7. Contratos entre ausentes	70
8. El Tratado de Montevideo y la autonomía de la voluntad	71
a) Crítica	75
b) El lugar de cumplimiento interpreta la voluntad pasiva de los contratantes	75
c) Calidad del documento y forma de los instrumentos	76
d) Lugar de cumplimiento	77
e) Contratos sobre diferentes especies y servicios	78

CAPÍTULO VI

DERECHO DE LOS BIENES

1. Fundamentos	81
2. El artículo 10 del Código Civil	81
3. Bienes <i>ut singuli</i> y <i>ut universitas</i>	82
4. Modos y causas de transmisión	82
5. Caso especial: hipoteca constituida en el extranjero sobre bienes inmuebles situa- dos en el país	83
6. Causa lícita	84
7. Tratados de Montevideo	84

CAPÍTULO VII

DERECHO DE LAS SUCESIONES

1. El patrimonio	87
2. Fundamentos de la unidad	87
3. La voluntad en el contrato	88

ÍNDICE GENERAL

399

4. La voluntad del causante.....	88
5. El artículo 10 del Código Civil	89
6. La legítima.....	89
7. Herederos extranjeros y argentinos: el artículo 3470 del Código Civil	90
8. Jurisdicción en materia sucesoria.....	91
9. Posesión.....	91
10. Capacidad para testar y para suceder.....	91
11. Formas del testamento	92
12. El criterio de la nacionalidad en el Código Civil.....	92
13. Tratados de Montevideo. La soberanía.....	92

CAPÍTULO VIII

FORMA

1. La parte general.....	97
2. Origen.....	98
3. Nuestra legislación	99
4. Legislación comparada	100
5. Casos particulares en nuestro Código Civil. Transferencia de derechos reales	100
6. Hipoteca	101
7. La forma del matrimonio	101
8. El artículo 159 del Código Civil	102
9. Fundamento de seguridad	103
10. Libros de comercio.....	103
11. Forma de los actos cambiarios.....	103
12. <i>Favor negotii</i>	104
a) En el Código Civil	104
b) En el Tratado de Montevideo: letra de cambio	104
13. Embargo	104
14. La prueba en el proceso	105
15. Legalización de documentos: <i>Apostille</i>	105
16. Tratados de Montevideo. Forma de los actos jurídicos	105
a) La autonomía de la voluntad y la forma	106

CAPÍTULO IX

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

1. Naturaleza de este derecho.....	107
2. Principios comunes	108
3. Diferencias entre el sistema de Berna y el de Washington.....	108
4. La Convención de Ginebra de 1952 y sus soluciones de armonía	108
5. Legislación argentina	109

6. Duración. Obras extranjeras. Protección	109
7. Patentes e invenciones	110
8. Legislación argentina	110
9. Patentes y procedimientos de fabricación.....	111
10. El GATT y la Organización Mundial del Comercio	112
11. La evolución mundial.....	112
12. Los países en desarrollo	112
13. La reforma en EE.UU.	113
14. La Organización Mundial del Comercio	113
15. Marcas de fábrica y de comercio	114
16. Tratados de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística (1889) y sobre Propiedad Intelectual (1939)	114
17. Tratado de Montevideo sobre Patentes de Invención de 1889.....	120
18. Tratado de Montevideo sobre Marcas de Comercio y de Fábrica de 1889.....	121
19. Tratado sobre Patentes de Invención celebrado en Montevideo el 16 de enero de 1889.....	122

SEGUNDA PARTE

DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN

1. Naturaleza.....	127
2. Usos y costumbres	127
a) Uniformidad.....	128
b) Concursos y quiebras.....	128

CAPÍTULO X

ACTOS DE COMERCIO

1. Calidad de comerciante.....	129
2. La "no sorpresa"	129
3. Libros de comercio.....	130
4. Las formas: ordenatorias y decisorias.....	130
5. Capacidad del comerciante	130
6. Reglamentación profesional.....	131
7. El caso Lizardi.....	131
8. Tratados de Montevideo de derecho comercial internacional	132
a) Carácter civil o comercial del acto	132
b) Calidad de comerciante: fundamentos	132
c) Domicilio comercial.....	132

ÍNDICE GENERAL 401

9. Libros de comercio.....	134
a) Las formas ordenatorias de los libros de comercio	134
b) Las formas decisorias	134

CAPÍTULO XI
SOCIEDADES COMERCIALES

1. Introducción. Concepto (aclaraciones).....	135
2. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles	135
3. Lugar de constitución.....	136
4. Reconocimiento	137
5. Derecho del Estado local.....	137
6. Ley de la sociedad.....	137
7. Control.....	138

CAPÍTULO XII
CONCURSOS Y QUIEBRAS

1. Su problemática internacional.....	139
2. El patrimonio: prenda común de los acreedores.....	140
3. El auto declarativo de quiebra y la capacidad del fallido	140
4. Nuestra legislación anterior	141
5. Régimen legal.....	143
a) Declaración de concurso solamente en el extranjero.....	143
b) Concurso en el extranjero y quiebra en la Argentina.....	144
c) Verificación de créditos extranjeros en el concurso argentino: reciprocidad (concurso sólo en la Argentina).....	144
d) Paridad en los dividendos: supuesto de concurso en el país y posterior cobro de créditos quirografarios en el extranjero.....	145
6. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940	146
7. Juez competente	146
8. Casas comerciales independientes: filiales	147
9. Efectos. Modos de compatibilización de intereses.....	147
a) Medidas preventivas de seguridad, conservación y publicidad	147
b) Publicación. Avisos	147
c) Derecho de los acreedores locales: opción por un nuevo juicio de quiebra.....	148
d) Definición de los acreedores locales	149
e) Sobrante	149
f) Supuesto de unidad.....	150
g) Acreedores privilegiados: hipotecarios y/o prendarios	150
h) Privilegios y transporte de los bienes	151

i) Autoridad de los síndicos y ejecución de bienes.....	152
j) Pluralidad de quiebras y bienes en un tercer Estado.....	152
k) Pluralidad de concursos o quiebras y medidas de carácter civil.....	153
l) Rehabilitación del fallido.....	153
m) Aplicación del tratado a las liquidaciones.....	153
10. Concursos civiles en nuestra legislación.....	154
a) Normas aplicables.....	154
b) Concursos independientes. Bienes en distintos Estados.....	154
c) Medidas preventivas.....	154
d) Publicación de edictos.....	155
e) Derechos de los acreedores locales.....	155
f) Sobrante.....	155
g) Privilegios: ley aplicable.....	155
h) Autoridad de los síndicos.....	155
i) Inhabilitades del deudor y de los bienes. Rehabilitación.....	156
j) Liquidaciones judiciales, concordatos y otros análogos.....	156

CAPÍTULO XIII

DERECHO CAMBIARIO

1. Letra de cambio.....	157
a) El título de crédito.....	157
b) Antecedentes.....	157
c) Diversidad de leyes.....	158
d) Fundamento.....	158
2. Legislación argentina.....	159
a) El artículo 738 del viejo Código de Comercio.....	159
3. Los Tratados de Montevideo.....	160
4. Forma de los actos cambiarios.....	160
5. <i>Favor negotii</i>	160
6. Relaciones entre librador y beneficiario.....	160
7. Relaciones entre librador y girado.....	160
8. Obligaciones del aceptante con el portador.....	161
9. Relación entre endosante y cesionario.....	161
10. Aval. Diferencias.....	162
13. Moneda de cambio.....	163
a) Moneda sin curso legal.....	163
1) Mora del deudor.....	163
b) Moneda de la misma denominación y valor diferente.....	163
1) Demás circunstancias del pago, vencimiento en días feriados, plazos de gracia, etcétera.....	163
2) Robo, extravío, destrucción o inutilización de la letra.....	163

ÍNDICE GENERAL

403

3) Ley 24.452.....	164
4) Timbre.....	164
5) Competencia.....	165
6) Títulos o papeles al portador.....	165

CAPÍTULO XIV

SEGUROS

1. Seguros. Criterios generales.....	167
a) La sede de la compañía.....	167
b) Tratados de Montevideo.....	168
c) Seguros terrestres, fluviales, marítimos y de vida.....	168
d) Tratado de la Navegación Comercial Internacional.....	168
e) Seguros sobre bienes de enemigos.....	168
f) Competencia en el Tratado de 1889.....	169
g) Competencia en el Tratado de la Navegación de 1940.....	169
h) Los seguros en nuestra legislación.....	169
i) Autorización.....	170
j) Fiscalización.....	170
k) La Superintendencia de Seguros.....	170
2. Sociedades extranjeras.....	171
a) La Inspección General de Justicia.....	171
b) Compañías argentinas.....	171
c) La reforma de 1963.....	171
d) Las leyes 17.418 y 20.091.....	173
3. Reaseguros.....	174
4. El Instituto Mixto y el I.N.D.E.R.....	175
a) Objetivos.....	175
b) Registro.....	176

CAPÍTULO XV

TRANSPORTE

1. Objeto.....	177
2. Características.....	177
3. Las partes.....	177
4. Forma del contrato y obligaciones inmediatas.....	178
5. Seguridad y no sorpresa.....	178
6. Reglas reguladoras.....	178
7. Contrato de adhesión y responsabilidad en el transporte.....	178
8. Unidad jurídica.....	179
9. Cláusulas de no responsabilidad.....	179

10. Jurisdicción	179
11. Contrato de fletamento	180
12. Legislación y jurisprudencia argentinas	180
a) Las normas	180
b) Los fallos	180
13. Tratado de Montevideo de 1889	182
14. Fundamentos de la unidad jurídica del transporte	182
15. Tratado de Montevideo de 1940	183
a) Artículo 14: leyes aplicables al contrato. Pluralidad	183
b) Artículo 15: definición de contrato único: carta de porte única y directa	184
c) Artículo 16: posibles demandados: opción y jurisdicción competente	184
d) Artículo 17: transporte de personas	184
e) Artículo 18: transporte de equipaje	184

TERCERA PARTE

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO XVI

PRIVILEGIOS Y PRESCRIPCIÓN

1. Caracteres	189
2. El Código Civil	189
3. Prescripción. Concepto	190
4. La opinión de Savigny: fundamentos	191
5. El caso de las letras de cambio de Tennessee	193
6. Posibles leyes aplicables a la materia de la prescripción	193
a) Inmuebles: prescripción adquisitiva o usucapión	193
b) Muebles	194
7. Prescripción liberatoria	194
a) Acciones personales	194
b) Acciones reales	195

CUARTA PARTE

DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO XVII

DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

1. El elemento jurisdiccional	199
2. Cuestiones de fondo y de forma	199

3. El estatuto mixto. Pablo Voet	200
4. Nuestro orden constitucional	201
5. Elección por las partes del tribunal competente. Autonomía de la voluntad y <i>lex fori</i>	201
a) Fundamento mayor	202
b) El factor sorpresa	202
6. Normas que establecen jurisdicción en casos de Derecho Internacional Privado.	203
a) El Código Civil	203
1) Contratos	203
2) Sucesión	203
b) El Código de Comercio	204
7. Casos en que no existen tratados	204
a) La Constitución Nacional	204
b) El Código Procesal	204
1) Acciones reales	205
2) Acciones personales	205
3) Cumplimiento extraterritorial	208
4) El trato al extranjero	208
5) Arraigo	209
6) Capacidad de peticionar en juicio	209
7) Litispendencia	210
c) Código Bustamante	210
8. Prueba: ordenatoria y <i>decisoria litis</i>	211
a) El factor sorpresa	211
b) Prueba de testigos	211
c) Citación y emplazamiento	212
d) Entrega de copias	212
e) Plazo	212
f) Caducidad de instancia	212
g) Instrumentos	212
h) Confesión	213
i) Testigos	213
j) Código Bustamante	213
k) Tratados de Montevideo	214
9. Sentencias extranjeras	214
a) Su calidad de Derecho	214
b) Ejecución amplia	215
c) Imperio	215
d) <i>Exequatur</i>	215
e) Fundamento	215
f) Efectos: fuerza probatoria, cosa juzgada formal, fuerza ejecutiva	216
g) Código Bustamante	216

h) Tratado de Montevideo de 1940.....	216
1) Actos de jurisdicción voluntaria	217
2) Requisitos	217
a) Tribunal competente	217
b) Imperio territorial.....	218
c) Carácter de cosa juzgada.....	218
d) Citación de las partes	219
e) Orden público.....	219
i) Sentencia anterior	219
j) Procedimiento	220
1) Código Procesal.....	220
a) Procedimiento	220
b) Eficacia de la sentencia extranjera en nuestro Código Procesal	220
2) Tratados de Montevideo.....	221
a) Documentos necesarios.....	221
b) Carácter ejecutivo y ejecución.....	221
c) Actos de jurisdicción voluntaria o procesales no contenciosos.....	222
d) Exhortos y cartas rogatorias. Tratados de Montevideo	222
e) Diligenciamiento de exhortos y cartas rogatorias.....	223
3) Convención de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil.....	223
4) Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (CIDIP-I, Panamá, 1975).....	223
k) Embargo: formas ordenatorias y decisorias. Procedencia.....	223
a) Traba del embargo.....	223
b) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II), Montevideo 1979	224
c) Ejecución de la sentencia de embargo.....	224
d) Dedución de tercera.....	225
e) Designación de apoderados	225
f) Convenciones Interamericanas (CIDIP-I, Panamá, 1975), ratificadas por la Argentina.....	225

CAPÍTULO XVIII

ARBITRAJE

1. Concepto	229
2. Arthur von Mehren: su reciente trabajo.....	229
3. El caso Fibraca	230
4. Un caso de corrupción.....	231
5. La Convención de Nueva York de 1958.....	232

QUINTA PARTE
DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO XIX

PRINCIPIOS

1. Principio de territorialidad	237
2. Calidad personal y funcional	237
a) Constitución Nacional.....	238
b) Ley 48	238
3. El principio de extraterritorialidad según el lugar de comisión de los delitos	239
a) Doctrinas	239
b) Principio real u objetivo	239
c) Fundamentos	240
d) Principio de la personalidad	240
e) Principio universal o cosmopolita	240
f) Sistema mixto	241
4. Delitos complejos.....	241
5. Delitos conexos	241
6. Delitos que afectan a diferentes Estados.....	242
7. Delitos indivisibles.....	242
8. Prescripción.....	243
9. Expulsión de extranjeros.....	243
a) Jurisdicción y ley aplicables	243
b) Detención y prisión preventiva.....	245
c) Régimen de la prueba	245
d) Cumplimiento extraterritorial	246

CAPÍTULO XX

ASILO

1. Fundamentos según Roque Sáenz Peña.....	247
2. Carácter del asilo	248
a) La paz pública	248
b) Delitos comunes.....	249
c) Delitos políticos. Procedimiento y garantías	249
d) Desertores	249
e) La opinión de José Irureta Goyena	250
1) Fundamentos	250

CAPÍTULO XXI

EXTRADICIÓN

1. Concepto	251
2. Tratado de Montevideo de 1889	251
a) La nacionalidad del reo.....	252
b) Ley 1612	252
3. Jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.....	254
4. Código Procesal Penal	254
a) Extradición solicitada a jueces del país	254
b) Extradición solicitada a otros jueces	254
c) Extradición solicitada por otros jueces	255
a) Hechos que autorizan la entrega del reo	255
b) Delitos no extraditables	255
c) Delitos políticos o contra la seguridad del Estado.....	256
d) Acciones civiles o comerciales.....	256
e) Acción penal del Estado requerido y entrega del reo.....	256
f) Delitos políticos anteriores y delitos anteriores susceptibles de extradición.....	257
g) Solicitudes varias de extradición	257
h) Posterior y nuevo pedido de extradición.....	258
i) Pena máxima.....	258
6. Procedimiento de extradición	258
a) Pedido formalmente improcedente.....	259
b) Pedido formalmente procedente	259
c) Aviso al refugiado.....	259
d) Oposición del reo.....	260
e) Apertura del incidente a prueba	260
f) Resolución	260
g) Acogimiento o denegatoria del pedido.....	260
h) Conformidad del detenido y relevo de prueba	261
i) Objetos del delito: su remisión	261
j) Entrega del reo.....	261
1) Por vía terrestre o marítima.....	261
2) Tránsito por un Estado intermedio.....	261
k) Gastos de la extradición.....	262
l) Comunicación de la sentencia definitiva.....	262
7. Prisión preventiva	262
a) Caso urgente.....	262
b) Necesidad del pedido de extradición.....	263
c) Responsabilidad del Estado solicitante.....	263

SEXTA PARTE

EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

CAPÍTULO XXII

EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

1. Las relaciones económicas internacionales	267
2. La contratación financiera internacional.....	267
a) El Derecho aplicable y la jurisdicción competente	268
b) Regla destinada a armonizar la contratación financiera con el orden público internacional.....	270
3. La actuación de la empresa multinacional	271
a) Influencia de las empresas transnacionales	271
b) Formas de organización y constitución	272
c) Limitación y extensión de su responsabilidad.....	273
d) El Convenio argentino con Saab Scania AB de Suecia	273
e) El problema en relación con los Estados	275
f) El fin de justicia.....	275
g) Crisis del petróleo y posterior desarrollo del Derecho y la economía internacionales	276
h) Aumento de las tasas de interés.....	276
i) La opinión de Kissinger.....	276
j) Descripción de Letterman.....	277
k) Responsabilidad del causante. Daños.....	278
l) Derechos de las personas damnificadas	279
m) Extensión de la adecuada responsabilidad a la casa matriz. Caso de la "Union Carbide" de la India.....	279
n) Resumen de los principales aspectos.....	280
ñ) "Expropiación encubierta"	281
Barcelona Traction's case 1936-1970 (Corte Internacional de Justicia)	281
o) Hechos resumidos.....	281
p) American Restatement of the Foreign Relations.....	282
q) Reglas destinadas a armonizar la actuación de la empresa multinacional con el orden público internacional	283
4. Inversión de capitales extranjeros	284
a) Criterios básicos.....	285
b) Convenio de inversión	285
c) Derecho aplicable y jurisdicción competente	285
d) Modos de inversión	285
e) El aporte tecnológico	286
f) Otras reglas específicas sobre exportaciones y reinversiones.....	287
g) El Registro de Inversiones Extranjeras.....	287

h) La inversión extranjera y la política económica en los países receptores	288
i) Proceso de privatización económica. El caso de Aerolíneas Argentinas	289
j) Brasil y el Mercosur	289
k) Sociedades extraterritoriales y certeza del derecho aplicable	289
l) Fundamentos legales	289
m) Finalidad del Derecho Internacional Privado	290
n) Orden público: necesidad de su esclarecimiento	290
ñ) Regla de Derecho y garantía jurídica	291
o) El papel de la Justicia	291
p) El caso Fibraca y la inmunidad soberana. Primacía de las decisiones arbitrales internacionales	291
q) La industria automotriz en la Argentina	292
r) Naciones Unidas. Código de Conducta y pagos ilegales	293
s) Casos nacionales diferentes	293
t) Italia, Japón, Guatemala, Chile, Brasil y Perú	293
u) Necesidad de independencia del servicio público en los Estados receptores de capitales	294
v) Reglas destinadas a armonizar las inversiones extranjeras con el orden público internacional	295
5. Integración económica, social y jurídica	295
a) Europa y América latina: similitudes y diferencias	296
b) Las formas de integración en América latina	297
1) ALALC: Asociación Latinoamericana de Libre Comercio	298
2) MCC: Mercado Común Centroamericano	298
3) Pacto Andino	299
4) Cuenca del Plata	299
5) SELA: Sistema Económico Latinoamericano	300
6) ALADI: Asociación Latinoamericana de Integración	300
c) La necesidad de complementación	301
d) En el ámbito tecnológico	301
6. Reglas destinadas a armonizar la integración económica con el orden público internacional de los Estados	303
7. Mercosur	303
a) El Tratado de Asunción	303
b) Grupo Mercado Común. Protocolo de Brasilia	304
c) Toma de decisiones	304
d) Solución de controversias. El sistema del Anexo III	305
e) Adhesión	305
f) Legitimación activa y pasiva	306
g) Ámbito de aplicación	306
h) Procedimiento	306
i) Constitución del Tribunal Arbitral	306

ÍNDICE GENERAL

411

j) Procedimiento reservado a los particulares	307
k) Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur.....	307
l) Los Acuerdos de Buenos Aires	307
m) El Mercado Común.....	308
n) La Secretaría Administrativa del Mercosur.....	309
ñ) Toma de decisiones.....	309
o) Vigencia de las normas	309
8. Conclusiones	310
1) Para todas las materias consideradas	310
2) En la actuación de la empresa multinacional	310
3) En las relaciones del derecho de inversión	311
4) En las relaciones de la integración económica	311
9. Síntesis final	312

APÉNDICE

Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias	313
Protocolo de Ouro Preto (Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur)	320
Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. Ley 24.481	333
Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. Decreto 260/96	355
Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. Decreto 548/95	380
Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. Ley 24.572.....	384
Ley de Adopción. Ley 24.779.....	387

Se terminó de imprimir el día 4 de noviembre
de 1997, en ARTES GRÁFICAS CANDIL
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina