

ISSN N° 0719-6261

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Año IV, Número 4
Noviembre 2018



ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

**Año IV, Número 4
Noviembre 2018**



ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - ADIPRI

La Revista Chilena de Derecho Internacional Privado es una publicación anual editada por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.

Toda correspondencia, solicitudes de ejemplares y colaboraciones deben dirigirse a revista@adipri.cl

Los puntos de vista manifestados en la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado expresan el concepto de los autores que en ella escriben y no representan necesariamente la opinión de la Asociación.

Diagramación: Benjamín Soto Torres - benjamin.soto.torres@gmail.com

Directorio

Presidente: Sr. Eduardo Picand Albónico
Vicepresidente: Sr. Ignacio García Pujol
Secretario: Sr. Camila Quintana Castillo
Tesorero: Sr. Dione Meruane Osorio

Miembro de Honor

Mario Ramírez Necochea (†)
Profesor Titular y Emérito de Derecho Internacional
Privado de la Universidad de Chile

Miembros Plenos

Aguilera Villalobos, Laura Leonor:
Abogada
Universidad de Chile

Aninat Urrejola, Francisco
Abogado

Baquero Herrera, Mauricio
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Talca

Balmaceda, Jorge
Profesor de Derecho Civil
Universidad Mayor

Bellei Tagle, Carlos
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Alberto Hurtado

Bertrand-Galindo, Milenko
Profesor de Derecho Internacional
Pontificia Universidad Católica de Chile

Blanco Herrera, Ricardo Luis
Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

Borbarán Ramos, Marcelo Francisco
Abogado
Universidad de Chile

Bordachar, Rodrigo
Profesor de Arbitraje Internacional
Pontificia Universidad Católica de Chile

Cabrera Orellana, Cristián Gonzalo
Profesor de Derecho Internacional
Universidad Central

Campusano Droguett, Raúl Fernando
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad del Desarrollo

Canelo Figueroa, Carola Andrea
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

Carreño Seaman, Héctor Guillermo
Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

Cerda Fernández, Carlos José
Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

Cicci Salazar, Gilda Mirella
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Las Américas

Conejero Roos, Cristián Andrés
Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Cortés Beltrán, Sergio
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

Coulon Bauer, Sebastian
Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho
Internacional
Universidad de Chile

Chocair Lahsen, Jorge
Profesor de Derecho Penal
Universidad Andrés Bello

Cornejo Aguilera, Pablo Andrés
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Alberto Hurtado

Dolmestch Urra, Hugo
Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

Fernández Illanes, Samuel Gerardo
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Central

Fernández Undurraga, Macarena
Profesora de Derecho Internacional Privado y Decana
Universidad Internacional SEK

Ferrante, Alfredo:
Profesor de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado

Gallegos Zúñiga, Jaime Ramiro
Profesor de Derecho Económico
Universidad de Chile

García Pujol, Ignacio

Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Gil Ljubetic, Rodrigo

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

Kunsemüller Loebenfelder, Carlos Guillermo Jorge:

Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

José Luis Diez Schwerter

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Concepción

Loyola Novoa, Héctor Julio

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

López Vives, Raimundo

Ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad de Los Andes

Llanos Mansilla, Hugo Aníbal

Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Central de Chile

Mahu Martínez, Pablo Andrés

Profesor Instructor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

Meruane Osorio, Dione

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho
Internacional
Universidad de Chile

Monsálvez Muller, Aldo

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Bolivariana, U. Finis Terrae, U. Santo
Tomás, U. de Talca y U. SEK

Morales Henríquez, Manuel

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Frontera

Moscoso Restovic, Pía

Profesora de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Atacama

Muñoz Gajardo, Sergio Manuel

Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

Ortúzar Meza, Pedro

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Las Américas

Picand Albónico, Eduardo

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile
Presidente ADIPRI

Prieto Figelist, Constanza

Abogada

Quintana Castillo, Camila Fernanda

Ayudante ad-honorem Departamento de Derecho
Internacional
Universidad de Chile

Riveros Marín, Edgardo Sebastián

Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad de Chile
Subsecretario de Relaciones Exteriores de Chile

Ríos de Marimón, Hernán

Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad
Central de Chile

Schleyer Alt, Jorge

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho
Internacional
Universidad de Chile

Silva Lavín, Josefina De los Ángeles

Abogada del CAM Santiago.

Verbeken Manríquez, Kristoffer

Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Vial Undurraga, María Ignacia

Profesora de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Villarroel Barrientos, Carlos Eduardo

Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Villarroel Barrientos, Gabriel

Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Von Schakmann, Carolina

Abogada SENAME

Winter Iguait, Luis Carlos Fernando

Profesor de Derecho Internacional
Universidad de Los Andes

Zamar Rabajille, Carolina

Profesora de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad Gabriela Mistral

Zarricueta Baeza, Juan Francisco

Abogado

Zuvanich Hirmas, Sonia Joanna

Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Magallanes

Comité Científico

Andrea Bonomi (Suiza); Fernando Cantuarias (Perú);
Adriana Dreyzin de Klor (Argentina); José Carlos Fernández Rozas (España);
Francisco González de Cossio (México); Eugenio Hernández Bretón (Venezuela);
Pedro de Miguel Asensio (España); Leonel Pereznieta Castro (México);
Rubén Santos Belandro (Uruguay); Carlos Villarroel Barrientos (Chile).
David Stewart (USA); Ana Villalta (El Salvador).

Consejo de Dirección

Ignacio García Pujol; Eduardo Picand Albónico; Hernán Ríos de Marimón;
Ignacia Vial Undurraga; Gabriel Villarroel Barrientos;
Cristian Conejero Roos; Álvaro Vidal Olivares.

Consejo de Redacción

Sebastián Coulon Bauer; Camila Quintana Castillo;
Pablo Mahu Martínez; Marcela Prieto Bravo.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

ESTUDIOS

- 17 Estándar de conducta en los contratos de joint venture internacionales, el principio de la buena fe y trato justo en los sistemas de derecho civil y common law, ¿es el derecho uniforme una elección adecuada de la ley aplicable al contrato?
Alamiro Alfaro Zepeda
- 39 El poder de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales.
Gilberto Boutin
- 53 Reenvío y Reglamento Sucesorio Europeo.
Javier Carrascosa González
- 79 Problemas que plantean las inmunidades de jurisdicción y la ejecución en los casos de deuda soberana a propósito del caso de los fondos buitres contra Argentina.
Sergio Cortés Beltrán
- 89 Competencia judicial internacional por daños extracontractuales de empresas internacionales o grupos de empresas en el rubro minero.
Pia Moscoso Restovic
- 99 Concurrent delays (atrasos concurrentes) en los contratos de construcción según el Derecho Comparado.
Esteban Ovalle
- 113 Comércio Eletrônico e proteção ao consumidor: panorama atual brasileiro e direito comparado
Vera Lúcia Viegas-Liquidato

JURISPRUDENCIA

Comentarios

- 147 *Inmunidad de jurisdicción y competencia judicial internacional en sede laboral. Recurso de queja en caso “Luis Molina Zapata con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.* SCS Rol N° 8750-2018, de 22 de agosto de 2018, dictada por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia
Constanza Prieto Figelist
- 159 Cambio de nombre y sexo registral de persona transgénero.
SCS Rol N° 70.584-2016, de 29 de mayo de 2018, dictada por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia
Gilda Ciccì
- 163 *Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre los límites de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos en Chile. Recurso de queja en caso “Luis Molina Zapata con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.* SCS Rol N° 8750-2018, de 22 de agosto de 2018, dictada por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia
Ignacio García Pujol y Laura Kottmann Recabarren

Sentencias destacadas

- 167 1.- **SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**
- a) STC, Rol 4189-2018, de 07 de agosto de 2018 (Requerimiento de inconstitucionalidad del Auto Acordado de la Corte Suprema N° 205-2015)
 - b) SCA de Valparaíso, rol 1116-2017, 03-04-2018 (sustracción internacional de menores)
- 185 2.- **EXEQUÁTUR LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS.**
- a) CS, Rol 41.841-2017 (Kion con Pesquera Villa Alegre S.A.). 26-07-2018
 - b) CS, Rol 37.980-2017 (Schreiber Food International and Agropesca S.A.). 20-06-2018
- 192 3.- **EXEQUÁTUR SENTENCIAS CIVILES.**
- a) CS, Rol 12.146-2018 (declaratoria de heredero).
MENDEZ MONROY FERNANDO Y OTRO. 01-08-2018
- 195 4.- **SUCESIONES INTERNACIONALES.**
- a) Causa Rol C-1086-2017 (3° Juzgado de Letras de Iquique). 15-06-2018
 - b) Causa Rol C-20.878-2015 (10° Juzgado Civil de Santiago). 08-05-2018
 - c) Causa Rol V-13-2017 (8° Juzgado Civil de Santiago). 27-03-2017
 - d) Causa Rol V-216-2016 (1° Juzgado Civil de Concepción). 27-02-2017
 - e) Causa Rol V-247-2016 (18° Juzgado Civil de Santiago). 05-04-2017
 - f) Causa Rol V-58-2017 (Juzgado de Letras de Casablanca). 05-06-2018
 - g) Causa Rol V-69-2018 (10° Juzgado Civil de Santiago). 23-07-2018
 - h) Causa Rol V-122-2017 (1° Juzgado Civil de Santiago). 30-05-2018
 - i) Causa Rol V-422-2017 (28° Juzgado Civil de Santiago). 03-05-2018
 - j) Causa Rol V-294-2017 (1° Juzgado Civil de Santiago). 27-03-2018
 - k) Causa Rol V-170-2016 (1° Juzgado Civil de Santiago). 26-03-2018

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

- 229 **Meruane, Dione.** *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional.* Editorial El Jurista, Santiago de Chile, 1° edición, 2018. Eduardo Picand Albónico.

DOCUMENTOS

- 233 Acta de la Primera Reunión de Trabajo de la Comisión Técnica creada para la elaboración de un texto base de ley de Derecho Internacional Privado.

NOTICIAS

- 241 Universidad de Atacama. IV Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Copiapó y Bahía Inglesa, 7 y 8 de diciembre de 2017.
- 248 Universidades chilenas participan en la XI versión de la Competencia Internacional de Arbitraje, que se realizará en la ciudad de Bogotá, Colombia, entre los días 27 de septiembre y 01 de octubre de 2018.

CONVOCATORIA

- 255 Universidad de Los Andes será la sede para las V Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. ADIPRI (16 de noviembre de 2018).

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) fue creada el año 2014, por un grupo de profesores y jueces, con el propósito de renovar y fortalecer el estudio del Derecho Internacional Privado en Chile.

Entre sus objetivos se encuentra promover e incentivar el estudio, investigación y difusión del Derecho Internacional Privado en Chile, y de aquellas disciplinas relacionadas con ella; fomentar y honrar la cátedra y a los grandes maestros que han enseñado en nuestro país y contribuir al progreso del conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que les son propios.

ADIPRI reúne, sin exclusión, a todos los académicos, abogados, jueces y estudiantes que, con respeto irrestricto a la libertad, igualdad y diversidad cultural, desean reflexionar, debatir o intercambiar ideas en torno a las materias que integran esta disciplina.

La Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado pretende dar a conocer a la comunidad jurídica, chilena y extranjera, los estudios científicos, novedades legislativas y jurisprudencia chilena en esta disciplina.

La publicación de la Revista será anual y su difusión se llevará a cabo únicamente de manera electrónica -a través del correo de nuestra Asociación y en la página web www.adipri.cl- a profesores, estudiantes, abogados y jueces que cultivan el Derecho Internacional Privado, tanto en Chile como en el extranjero.

El número que hoy presentamos recopila las ponencias de las Cuartas Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, llevadas a cabo en el mes de diciembre de 2017, siendo anfitriona la Universidad de Atacama, en donde se generó un intenso debate respecto a temas de gran actualidad en Chile.

Esperamos que este tercer número de la Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), despierte inquietudes y genere debate, única manera de lograr los cambios que tanto anhelamos.

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

PRESENTATION

The Chilean Association for Private International Law (ADIPRI) was created in 2014 by a group of professors and judges, its purpose is to renew and strengthen the study of Private International Law in Chile.

Amongst its goals is encouraging the study, investigation and promotion of Private International Law in Chile, and of the disciplines it relates to; fostering and honoring its chairmanship and the renowned scholars that have taught this aspect of Law in our country, as well as contributing to the advancement of knowledge, study and solution of the common problems it is faced with.

ADIPRI gathers, without exclusion, all those scholars, lawyers, judges and students whom, with unconditional respect to freedom, equality and cultural diversity, wish to reflect upon, debate or exchange ideas on the matters that form this discipline.

It will be a annual electronic publication which will be forwarded through the Associations - e-mailing list and in our website www.adipri.cl - to professors, students, lawyers and judges who cultivate Private International Law, in Chile and abroad.

The issue which we present today gathers the presentations of the Third Conference of the Chilean Association of Private International Law, which took place at the University of Atacama in December 2017, where there was an intense debate on topical issues for Chile.

We hope that this second issue of the Chilean Association of International Private Law Journal can interest and generate debate since this is the only way of achieving the changes we dearly aspire to.

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

PRESENTATION

L'Association Chilienne du Droit International Privé (ADIPRI) a été créée en 2014, par un groupe de professeurs et de juges, afin de renouveler et de renforcer l'étude du Droit International Privé au Chili.

Parmi ses objectifs, on trouve la promotion et stimulation de l'étude, la recherche et la diffusion du Droit Privé International au Chili, et des disciplines relatives; l'encouragement de l'enseignement en honorant les grands maîtres qui ont instruit la matière dans notre pays ainsi que la contribution au progrès de la connaissance, l'étude et la solution des problèmes qui s'y associent.

L'ADIPRI réunit, sans exception, tous les universitaires, les juristes, les juges et les étudiants qui, avec le respect absolu de la liberté, l'égalité et la diversité culturelle, veulent réfléchir, discuter ou échanger ses idées sur les matières qui intègrent cette discipline.

La revue de l'Association vise à mettre en lumière la communauté juridique, la chilienne et l'étrangère, les études scientifiques, les nouveautés législatives et la jurisprudence chilienne dans cette discipline.

La publication de la revue sera annuel et sa diffusion sera effectué uniquement par voie électronique - par l'e-mail de notre Association et sur le website www.adipri.cl – à enseignants, étudiants, juristes et juges qui se livrent au Droit International Privé, aussi bien au Chili qu'à l'étranger.

La livraison que nous présentons aujourd'hui rassemble les exposés des Troisième Journées de l'Association Chilienne du Droit Privé, tenues en Décembre 2017 dans Université d'Atacama, où il y avait un intense débat sur les questions d'actualité.

Nous espérons que ce cahier de Revista de l'Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado sera encourageant et suscitera le débat qui est l'unique manière pour atteindre les changements que nous aspirons.

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

ESTUDIOS

ESTÁNDAR DE CONDUCTA EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE INTERNACIONALES, EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y TRATO JUSTO EN LOS SISTEMAS DE DERECHO CIVIL Y COMMON LAW, ¿ES EL DERECHO UNIFORME UNA ELECCIÓN ADECUADA DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO?

ALAMIRO ALFARO ZEPEDA*

RESUMEN

El principio de la buena fe es fundamental en el derecho de los contratos en las jurisdicciones de derecho civil, y ha experimentado una creciente importancia en los países del common law. Los contratos cooperativos, como el joint venture, requieren de la colaboración constante de las partes contratantes, relación en la cual resulta fundamental determinar el estándar de conducta de estas. El presente artículo analiza las diferencias del tratamiento del principio de la buena fe entre los países de derecho civil y en los del common law, considerando las particularidades del contrato de joint venture internacional en el sector de recursos naturales. Se postula la utilidad de utilizar instrumentos de derecho uniforme como ley aplicable al contrato.

Palabras clave: Buena fe, joint venture, common law, recursos naturales, elección de ley, arbitraje, principios Unidroit

ABSTRACT

The principle of good faith and fair dealing is fundamental in the contract law in the civil law jurisdictions, and it has experimented an increasing importance in the common law countries. The cooperative contracts, such as the joint venture agreement, require the permanent collaboration of the parties, relationship in which is crucial the determination of the standard of conduct. This article analyses the existing differences between the civil and common law, regarding the principle of good faith and fair dealing, considering the particularities of the international resources joint venture. This article proposes the utility of uniform law as a suitable choice of law for such contracts.

Key words: Good faith, fair dealing, standard of conduct, joint venture agreement, natural resources, choice of law, arbitration, Unidroit principles

I. Introducción

El contrato de Joint Venture suele ser el instrumento preferido para las transacciones internacionales que involucran comercio e inversión.¹ El uso de éste contrato ha sido amplio,

* *Abogado (Universidad de Atacama), Master of Energy and Resources Law (The University of Melbourne). Relator Segundo Tribunal Ambiental de la República de Chile.*

¹ Carole Murray and Leo D'Arcy, Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade (Sweet & Maxwell, 2007) 4.

incluyendo diferentes tipos de negocios, tales como proyectos de energía y recursos naturales.² El contrato de Joint Venture internacional permite la entrada a nuevos mercados y la reducción de los riesgos involucrados en negocios transnacionales.³ Los proyectos de energía y recursos naturales implican altos costos y riesgos,⁴ donde éste tipo de contrato permite a las entidades individuales distribuir su capital de inversión a través de diferentes proyectos y la diversificación de su riesgo.⁵

La base del paradigma contractual es la suposición de negociación entre partes independientes que buscan sus intereses.⁶ Sin embargo, en las empresas contractuales cooperativas las partes persiguen intereses comunes en lugar de particulares.⁷ Es en este contexto, donde los tribunales han reconocido la existencia de relaciones fiduciarias entre los participantes de contratos de Joint Venture.⁸ El desarrollo del principio de buena fe y trato justo, y en algunos casos la existencia de deberes fiduciarios, refleja el creciente interés judicial en el estándar de comportamiento en las relaciones comerciales.⁹

Este artículo argumenta que es necesaria la uniformidad de principios y deberes respecto al estándar de conducta entre los participantes para la ejecución de contratos de Joint Venture internacionales en materia de energía y recursos naturales. La existencia de diferentes doctrinas y conceptos entre los sistemas de derecho civil y de *common law* puede tener un impacto significativo en los deberes y obligaciones que cada participante debe cumplir. En este sentido, los Principios UNIDROIT establecen normas jurídicas que tienen en cuenta el carácter internacional de las transacciones transnacionales y los proyectos de recursos naturales.

II. El contrato de *joint venture* como estructura legal para el desarrollo de proyectos de recursos naturales

a) *El Joint Venture Internacional.*

El contrato de Joint Venture ha sido una de las estructuras principales para el desarrollo de proyectos de recursos naturales, ya sea en fases de exploración, desarrollo o producción.¹⁰ En ésta industria, se ha desarrollado una gran actividad conjunta entre las empresas de los países industrializados y los llamados países emergentes o en desarrollo.¹¹ Este contrato es un vehículo ampliamente utilizado para transacciones internacionales de comercio e inversión.¹² En Australia, este tipo de contrato se ha utilizado ampliamente en la industria minera, donde

² George Fisher and Simon Fisher, 'Contracts: Choice of Law, Structuring and Dispute Resolution', in: W D Duncan (ed), *Joint Ventures Law in Australia* (The Federation Press, 3rd ed, 2012) 321.

³ Ursula F Ott, *International Joint Ventures. An Interplay of Cooperative and Non-cooperative Games under Incomplete Information* (Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2006) 2.

⁴ John Hedge, 'Resources Joint Ventures', in: W D Duncan (ed), *Joint Ventures Law in Australia* (The Federation Press, 3rd ed, 2012) 399.

⁵ Martin Kudnig, 'Virtual Joint Ventures: Issues and Thoughts' (2003) 6 *Australian Mining and Petroleum Law Association Yearbook* 43.

⁶ Paul Finn, 'Contract and the Fiduciary Principle' (1990) 12 *University of New South Wales Law Journal* 76, 79.

⁷ *Ibid* 91.

⁸ Tina Cockburn, Rhonda Chesmond and James Byrnes, 'Chapter 2 Fiduciary Obligations Between Parties to Unincorporated Joint Ventures', in: W D Duncan (ed), *Joint Ventures Law in Australia* (The Federation Press, 3rd ed, 2012) 45.

⁹ Steven White, 'Commercial Relationships and the Burgeoning Fiduciary Principle' [2000] *Griffith Law Review* 98, 110.

¹⁰ Hedge, *supra* n 4, 398.

¹¹ Ronald Charles Wolf, *The Complete Guide to International Joint Ventures with Sample Clauses and Contracts* (Kluwer Law International, 2011) 7.

¹² George Fisher y Simon Fisher, 'Contracts: Choice of Law, Structuring and Dispute Resolution', en: W D Duncan (ed), *Joint Ventures Law in Australia* (The Federation Press, 3rd ed, 2012) 321.

diferentes personas y empresas se han unido para explorar y explotar los recursos minerales.¹³ Lo mismo sucede en Chile, y en nuestra Región de Atacama, como por ejemplo el Joint Venture suscrito entre Goldcorp y Barrick respecto del proyecto Casale-Caspiche, o el suscrito entre Goldcorp y Teck para el proyecto Nueva Unión.

Existen diversas razones para explicar la popularidad de éste contrato como estructura de inversión, y se explicarán a continuación. En general, se trate de vehículos de inversión adaptables, adecuados para diferentes transacciones internacionales, y pueden cumplir las expectativas de los diversos participantes.¹⁴ Los proyectos de recursos naturales requieren una gran inversión de capital a largo plazo.¹⁵ El desarrollo de proyectos mineros también implica altos riesgos, ya sea en las etapas de exploración y producción.¹⁶ Además, estos proyectos a largo plazo pueden verse afectados por el riesgo soberano del país anfitrión, donde los proyectos de recursos pueden verse afectados por cambios en la tributación, las regalías (royalty) o la regulación ambiental y de seguridad.¹⁷ La combinación de los riesgos, el alto costo, el tamaño y la complejidad de los proyectos exige la colaboración de consorcios de participantes con suficiente experiencia técnica y solidez financiera.¹⁸

Normalmente, los desarrolladores abordan estos problemas mediante la participación en alguna forma de joint venture.¹⁹ Como cuestión de práctica, aunque una empresa puede decidir desarrollar un proyecto por su propia cuenta, la mayoría de los grandes proyectos son controlados o propiedad de forma conjunta.²⁰ La estructura del joint venture permite a las empresas más pequeñas con capacidad limitada atraer financiamiento para sobrevivir hasta que puedan desarrollar un proyecto hasta la etapa de producción.²¹ En esta estructura contractual, los costos y riesgos asociados con este tipo de proyectos se reparten entre los participantes.²²

La determinación del tipo más apropiado de vehículo legal para un proyecto determinado dependerá de varios factores. Sin embargo, la primera consideración debe ser las normas aplicables de la jurisdicción en que ejecute el proyecto.²³ La legislación del país anfitrión puede requerir la incorporación en el país donde se desarrollará el proyecto y / o requerir cierto tipo de vehículo legal.²⁴ Los tipos de vehículos genéricos más típicos utilizados como entidades de proyectos son a través de contrato de sociedad, una empresa creada especialmente para el proyecto y el contrato de joint venture no incorporado (unincorporated joint venture).²⁵

b) Contratos a largo plazo.

Las estructuras contractuales complejas evolucionan a través de la asignación de derechos y deberes entre los participantes, extendiendo riesgos y responsabilidades.²⁶ Los contratos de

¹³ Richard Hendriks y Richard Vann, 'XIV Joint Ventures' [2013] Tax Planning for International Mergers, Acquisitions, Joint Ventures and Restructuring 92, 93.

¹⁴ Fisher and Fisher, *supra* n 12, 321.

¹⁵ Hedge, *supra* n 4, 400.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Alan Millhouse y Karla Fraser, 'Financing Joint Ventures', en: W D Duncan (ed), Joint Ventures Law in Australia (The Federation Press, 3rd ed, 2012) 150.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Cathy Marsh y Andrew Pendleton, 'Project Participants and Structures', International project finance: law and practice (Oxford University Press, 2011.) 45.

²¹ Hedge, *supra* n 4, 400.

²² *Ibíd.*

²³ Marsh y Pendleton, *supra* n 20, 47.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd* 21; Ver también: Rodney J Turner et al, Perspectives on Projects (Taylor and Francis, 2010) 254.

joint venture de recursos naturales se pueden caracterizar como contratos complejos a largo plazo.²⁷ Los proyectos de minería, recursos naturales y suministro de gas son ejemplos típicos de contratos complejos a largo plazo, entre otros.²⁸

Los joint ventures se encuentran entre los contratos más utilizados en proyectos complejos a largo plazo.²⁹ Se pueden usar conjuntamente con contratos como acuerdos de desarrollo o acuerdos BOT (Build, operate and transfer, o construir, operar y transferir) o PPP (Public-Private Partnership agreements, o acuerdos de asociación público-privada), contratos de construcción, acuerdos de gestión, acuerdos operativos, acuerdos tecnológicos y cualquier otro acuerdo relacionado con proyectos.³⁰ Por lo general, un proyecto complejo a largo plazo implica un uso combinado de estos contratos de acuerdo con las necesidades del proyecto.³¹

Contratos a largo plazo como el Joint Venture de recursos naturales se basan en el flujo de ingresos y presentan diferencias significativas contrastadas con los contratos sinalagmáticos típicos, como los contratos de venta o construcción.³² El objetivo de estos acuerdos es la entrega de bienes o servicios a la otra parte contra el pago de cierto precio.³³ Por otro lado, los contratos complejos a largo plazo basados en el flujo de ingresos las partes aportan activos de cualquier tipo, incluidas concesiones, para generar ingresos del mercado.³⁴

Los contratos complejos a largo plazo presentan varias particularidades. En cuanto a la estructura del contrato, podemos destacar tres características relevantes. La primera es que este tipo de contratos son normalmente atípicos o innominados y no están sujetos a regímenes legales particulares.³⁵ Por lo general, dichos contratos consisten en una regulación exhaustiva y detallada que evita la ambigüedad y garantiza que cualquier disposición del contrato sea efectiva y ejecutable.³⁶ La segunda particularidad de estos contratos es su carácter autónomo, que reduce el uso de diferentes leyes nacionales en proyectos internacionales.³⁷ Por lo general, este tipo de contratos están contextualizados y adaptados de acuerdo con las necesidades del proyecto.³⁸ Este carácter autónomo también favorece el arbitraje como mecanismo preferido de solución de controversias, en lugar de los tribunales nacionales.³⁹ La tercera característica de los contratos complejos a largo plazo es su carácter de autoafirmación, a través de un mecanismo que procura el desempeño y un mecanismo de reclamo cuidadosamente redactado.⁴⁰ Este mecanismo tiene un efecto preventivo y mejora la cooperación entre los participantes.⁴¹

²⁷ Herfried Wöss, *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts* (Oxford University Press, 2014) 50–51.

²⁸ *Ibid.* 51.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.* 34.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* 34–35.

³⁵ Ewan McKendrick, 'The Regulation of Long-Term Contracts in English Law', en: Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good faith and fault in contract law* (Oxford University Press, 1995) 305–309.

³⁶ Michel Kerf, *Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award* (World Bank, 1998) 131.

³⁷ Wöss, *supra* n 27, 36.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.* Ver también: Fritz Nicklisch, 'Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge', en: Fritz Nicklisch (ed), *Der komplexe Langzeitvertrag: Strukturen un Internationale Schiedgerichtsbarkeit* (The Complex Long-Term Contract Structures and International Arbitration) (C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987).

⁴⁰ *Ibid.* 37.

⁴¹ *Ibid.* 36.

III. Estándar de conducta en contratos de joint venture internacionales, buena fe y trato justo en sistemas de Derecho Civil y Common Law

La pregunta sobre el estándar de conducta en los contratos internacionales de joint venture está relacionada con la relación contractual entre los participantes. La caracterización de la relación contractual en los contratos a largo plazo es importante para la determinación de los deberes y obligaciones entre las partes. La aplicación de estándares de conducta en lugar de reglas para determinar los deberes y obligaciones de los participantes en los contratos cooperativos, requiere que las partes no se comporten de manera “irracional”, “negligente”, “desmesurada” o de manera contraria a los requisitos de buena fe y trato justo.⁴² Cualquiera que sea el vehículo legal elegido para un proyecto de recursos naturales, generalmente existe un acuerdo o la inclusión o ciertas cláusulas en el contrato que rigen la relación entre las partes.⁴³

a) *El enfoque del Common Law*

La divergencia inicial entre el Derecho civil y el *common law* es la falta de reconocimiento de un principio general de buena fe en este último sistema, especialmente en el Derecho inglés.⁴⁴ Sin embargo, ha habido una aceptación creciente de su aplicación a las relaciones contractuales.⁴⁵ Otros ejemplos de este fenómeno en la legislación inglesa son la implementación de ciertas directivas de la UE, como la Directiva sobre términos contractuales desleales⁴⁶ y la Directiva sobre agencias comerciales.⁴⁷

No obstante, el *common law* inglés ha resuelto los problemas de injusticia en el derecho contractual a través del desarrollo de soluciones concretas.⁴⁸ Como ha señalado Bingham LJ, “El Derecho Inglés se ha comprometido de manera característica a no tener un principio tan primordial, sino que ha desarrollado soluciones parciales en respuesta a problemas demostrados de injusticia.”⁴⁹ Contrariamente al desarrollo del principio de buena fe en los Estados Unidos y en las jurisdicciones de derecho civil, en Inglaterra y Australia la existencia, el alcance y la naturaleza de este principio han sido objeto de activo debate.⁵⁰

A.1) RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La libertad de negociación ha sido tradicionalmente una “piedra angular” del derecho contractual en los países de *common law*.⁵¹ Bajo el enfoque clásico no existe responsabilidad contractual hasta que se realice un contrato, y las partes son libres de negociar sin riesgo de responsabilidad precontractual.⁵² El enfoque del *common law* de la responsabilidad precontractual

⁴² Acerca de las diferencias entre reglas y estándares, ver: Eric A Posner, ‘Standards, Rules, and Social Norms’ (1997) 21 Harvard Journal of Law & Public Policy 101.

⁴³ Marsh y Pendleton, supra n 20, 49.

⁴⁴ Gerhard Dannemann and Stefan Vogenauer (eds), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law* (Oxford University Press, 2013) 222.

⁴⁵ Roger Brownsword, Geraint G Howells and Norma J Hird, *Good Faith in Contract: Concept and Context* (Aldershot, Ashgate, 1999) 1–2.

⁴⁶ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts [1993] OJ L 95/29.

⁴⁷ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents [1986] OJ L 382/17.

⁴⁸ Hector L MacQueen, ‘Good Faith’, en: Hector L MacQueen and Reinhard Zimmermann (eds), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (Edinburgh University Press, 2006) 45.

⁴⁹ *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989) QB 433, 439.

⁵⁰ Elisabeth Peden, *Good Faith in the Performance of Contracts* (LexisNexis Butterworths, 2003) 10.

⁵¹ Diane Madeline Goderre, ‘International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability Under the United Nations Sales Convention’ (1997) 66 *University of Cincinnati* 257, 268.

⁵² E Allan Farnsworth, ‘Pre-Contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations’ (1987) 87 *Columbia Law Review* 217, 221.

se ha denominado la “visión aleatoria” de las negociaciones.⁵³ Según esta opinión, una parte que sufre una pérdida debido a un comportamiento inapropiado de la otra parte no tiene derecho a ser indemnizada si no se acordó finalmente un contrato.⁵⁴ En Estados Unidos, el Código Uniforme de Comercio (UCC) impone expresamente un deber de buena fe y trato justo a las partes en un contrato, sin embargo, no existe un deber similar con respecto a la etapa precontractual.⁵⁵

Algunos autores han argumentado que tal vez la razón principal para no imponer un deber de negociar de buena fe es porque el temor a la falta de libertad puede desalentar a las partes a entablar negociaciones.⁵⁶ El Derecho Inglés no reconoce un principio general de buena fe en su ley de contratos.⁵⁷ De hecho, hay pocas obligaciones impuestas a las partes durante la etapa precontractual o de negociación.⁵⁸ No hay requisitos para la cooperación, ni existe un deber de sinceramiento (disclosure).⁵⁹ El reconocimiento del deber precontractual de buena fe en el derecho inglés fue denegado en el caso principal de *Walford v Miles* (1992) 2 AC 128.⁶⁰ La cuestión legal de este caso era la aplicabilidad de un acuerdo de cierre (donde las partes se obligan a no negociar ni buscar acuerdos con terceros).⁶¹ La razón principal de tal rechazo al cumplimiento de tal tipo de acuerdo se basaba en que esto sería incompatible con la naturaleza de las negociaciones, en las que las partes persiguen sus propios intereses.⁶²

En ausencia de un contrato formal y concluido, los tribunales ingleses generalmente rechazan el reconocimiento de los términos de un acuerdo precontractual.⁶³ Solo un contrato válido anterior puede imponer la obligación de negociar de buena fe.⁶⁴ La obligación de negociar de buena fe se conoce mejor bajo el llamado ‘contrato para hacer un contrato’ o acuerdos para acordar, sin embargo, este tipo de acuerdos generalmente no se pueden hacer cumplir el *common law* debido a su carácter incompleto.⁶⁵ Los sistemas de *common law* son propensos a enfatizar la importancia de las consecuencias económicas del acuerdo contractual, enfatizando la formalidad del contrato como un requisito para su aplicabilidad.⁶⁶ A pesar del diferente enfoque con respecto a la adopción del principio de buena fe, la importancia económica de las relaciones contractuales en el derecho inglés ha influido en el desarrollo del derecho contractual estadounidense.⁶⁷

⁵³ Goderre, supra n 51, 267; See: Farnsworth, above n 52, 221.

⁵⁴ Goderre, supra n 51, 267.

⁵⁵ *Ibid*, ver id. art. 1 General Provisions § 1-201(19), 1-203, 2 103(1)(b); ver también: John Klein and Carla Bachechi, ‘Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions’ [1994] *Houston Journal of International Law* 1, 7.

⁵⁶ Goderre, supra n 51, 268–269; ver también: Farnsworth, supra n 52, 221.

⁵⁷ Dannemann and Vogenauer, supra n 44, 222.

⁵⁸ *Ibid*.

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128.

⁶¹ *Ibid* 129.

⁶² Nathalie Hofmann, ‘Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the Uk’s Ratification of the Cism and to the Harmonization of Contract Law in Europe’ (2010) 22 *Pace International Law Review* 145.

⁶³ Klein and Bachechi, supra n 55, 16; Ver también: Ralph B Lake, ‘Letters of Intent: A Comparative Examination under English, U.S., French, and West German Law’ (1984) 18 *George Washington Journal of International Law & Economics* 331, 347.

⁶⁴ Lake, supra n 63, 347.

⁶⁵ David W McLauchlan, ‘The Legal Status of Heads of Agreement: Recent Developments’ (2002) 23 *Australian Mining and Petroleum Law Association Yearbook* 518, 521; See also: Nili Cohen, ‘Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate’, en: Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good faith and fault in contract law* (Oxford University Press, 1995) 36–42.

⁶⁶ Klein and Bachechi, supra n 55, 17.

⁶⁷ John Klein, ‘Good Faith in International Transactions’ [1993] *Liverpool Law Review: A Journal of Contemporary Legal and Social Policy Issues* 118–119.

A.2) CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El reconocimiento y la aplicación del principio de buena fe y trato justo en el desempeño del contrato ha sido diferente entre los sistemas de common law.⁶⁸ Por un lado, es posible encontrar el reconocimiento expreso de este principio en el derecho contractual estadounidense.⁶⁹ Por otro lado, está el desarrollo del principio en otras jurisdicciones como Inglaterra, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.⁷⁰

En el derecho contractual estadounidense, los principios de buena fe y trato justo se han reconocido expresamente en el Código Uniforme de Comercio (UCC).⁷¹ También ha sido reconocido en la Tratado de Derecho de los Contratos del *American Law Institute*,⁷² y mediante la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).⁷³

La buena fe se menciona o se aplica en varias secciones del UCC. La buena fe se define en la sección 1-201 (20) como ‘la honestidad de hecho y la observancia de los estándares comerciales razonables del trato justo.’⁷⁴ Además, con respecto al desempeño del contrato, la sección 1-304 del UCC prescribe que ‘cada contrato o deber dentro del Código Comercial Uniforme impone una obligación de buena fe en su desempeño y cumplimiento.’⁷⁵ Una de las aplicaciones más notables del principio de buena fe es la sección 2-103 (1) (b) del UCC que, en lo que respecta al contrato de venta, define la buena fe en el caso de un comerciante como ‘la honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio.’⁷⁶

Con respecto a otros sistemas de *common law*, el desarrollo de un deber para cumplir el contrato de buena fe ha sido diferente. El Derecho Inglés, como hemos señalado, es bien conocido por la renuencia de los tribunales a reconocer un deber general de buena fe, tanto en las etapas precontractuales como de ejecución.⁷⁷ En ausencia de una doctrina general de buena fe, los tribunales ingleses han utilizado para vigilar la imparcialidad de los contratos y su desempeño son las reglas comunes sobre el error y falsa representación, fuerza (incluida la coacción económica), influencia indebida, interpretación objetiva de contratos, la noción falta de razonabilidad (*unconscionability*), términos u obligaciones implícitas, renunciaciones (*waivers*) y en la doctrina del *estoppel*.⁷⁸

(a) Desarrollos recientes

Hay dos casos recientes en los que el Tribunal Supremo de Inglaterra ha avanzado hacia el reconocimiento y la aplicación del principio de buena fe.⁷⁹ El primer caso es *Yam Seng PTE Ltd contra International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB).⁸⁰ En este caso, el

⁶⁸ E Allan Farnsworth, ‘Good Faith in Contract Performance’, in: Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good faith and fault in contract law* (Oxford University Press, 1995)155–156.

⁶⁹ *Ibid* 155.

⁷⁰ *Ibid* 156–158.

⁷¹ Uniform Commercial Code, UCC § 1-304.

⁷² American Law Institute (ed), *Restatement of the Law, Second--Contracts 2d: As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 17, 1979* (American Law Institute Publishers, 1981).

⁷³ United Nations Convention on the International Sales of Goods, opened for signature 11 April 1980, 1489 UNTS 3 (entered into force 1 January 1988) (CISG).

⁷⁴ UCC 1-201(20).

⁷⁵ UCC 1-304.

⁷⁶ UCC 2-103(1)(b).

⁷⁷ Dannemann and Vogenauer, above n 44, 222.

⁷⁸ William Tetley, ‘Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering [article]’ [2004] *Journal of Maritime Law and Commerce* 561, 571.

⁷⁹ Julie-Anne Tarr, ‘A Growing Good Faith in Contracts’ [2015] *Journal of Business Law* 410, 411.

⁸⁰ *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB).

Tribunal Superior analizó la noción de buena fe en los contratos comerciales de largo plazo.⁸¹ El segundo caso es *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & Ors* [2014] EWHC 2145 (Ch).⁸² En donde, el Tribunal Supremo implicó un deber de buena fe con respecto a la colaboración en la producción de un programa de capacitación para pilotos comerciales de líneas aéreas, donde el tribunal determinó que el acuerdo era un “contrato relacional” o de largo plazo.⁸³

En *Yam Seng PTE Ltd contra International Trade Corporation Ltd*, Leggatt J observó que el derecho contractual inglés no ha reconocido un principio general de buena fe, sino más bien su implicación en contratos que involucran obligaciones fiduciarias, como contratos de empleo y acuerdos de asociación.⁸⁴ A pesar de que Leggatt J reconoce que el derecho contractual inglés no ha alcanzado la etapa de reconocimiento de un deber general de buena fe, si se encuentra preparado para reconocer ‘un requisito de buena fe como un deber implícito por ley, incluso como regla predeterminada, en todos los contratos comerciales’.⁸⁵

En el razonamiento de Leggatt J, la renuencia a reconocer un principio de buena fe para contratar ha sido un error, y este principio debería estar implícito en los contratos ordinarios, especialmente con respecto a los llamados contratos relacionales.⁸⁶

El razonamiento de Leggatt J en *Yam Seng PTE Ltd contra International Trade Corporation Ltd* se aplicó en el caso *Bristol Groundschool Ltd contra Intelligent Data Capture Ltd & Ors*.⁸⁷ En este caso, el Tribunal Superior determinó que el acuerdo suscrito por las partes era un “contrato relacional” de los descritos por Leggatt J en *Yam Seng PTE Ltd contra International Trade Corporation Ltd*.⁸⁸ Además, el Tribunal Superior consideró que el acuerdo entre las partes contenía un deber implícito de buena fe, donde la prueba relevante es la de conducta que sería considerada “comercialmente inaceptable” por personas razonables y honestas en el contexto singular involucrado.⁸⁹

Aunque no se ha logrado el reconocimiento de un deber general de buena fe en el derecho contractual inglés, estos casos abogan por una doctrina emergente de buena fe de aplicación general a todos los contratos comerciales,⁹⁰ y especialmente con respecto a los “contratos relacionales” como el contrato de joint venture.

Recientemente, el Tribunal Supremo de Canadá adoptó una decisión histórica en *Bhasin v Hrynew*, 2014 SCC 71,⁹¹ donde se estableció que las partes contratantes tienen el deber de actuar con honestidad en la ejecución del contrato.⁹² Hasta esta decisión, la situación del principio de buena fe en Canadá era similar a la de Australia e Inglaterra.⁹³ La buena fe ha sido reconocida tal como los deberes de buena fe implicados en cada caso, pero no se ha

⁸¹ Kah Leng Ter, ‘Good Faith in the Performance of Commercial Contracts Revisited’ (2014) 26 *Singapore Academy of Law Journal* 111, 113; Tarr, *supra* n 79, 411.

⁸² *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & Ors* [2014] EWHC 2145 (Ch).

⁸³ Tarr, *supra* n 79, 411–412.

⁸⁴ *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) [131]; *Ibid* 411.

⁸⁵ *Ibid*.

⁸⁶ *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) [142]; Tarr, *supra* n 79, 411.

⁸⁷ *Ibid* 411–412.

⁸⁸ *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) [196] (i).

⁸⁹ *Ibid* [196] (ii) (v).

⁹⁰ Tarr, *supra* n 79, 412.

⁹¹ *Bhasin v Hrynew* 2014 SCC 71.

⁹² Troy L. Harris, ‘Supreme Court of Canada Recognises Good Faith as a General Organising Principle of Contract Law and a Common Law Duty to Act Honestly in Contract Performance’ (2015) 10 *Construction Law International* 4, 4.

⁹³ Chris DL Hunt, ‘Good Faith Performance in Canadian Contract Law’ (2015) 74 *Cambridge Law Journal* 4, 5.

establecido como un principio general.⁹⁴ Sin embargo, esto parece haber cambiado. De hecho, Cromwell J, en representación de la Corte Suprema unánime, señaló que “es hora de tomar dos pasos fundamentales para hacer que el *common law* sea menos inestable y fragmentario, más coherente y más justo”.⁹⁵

El primero de los pasos descritos es reconocer que “el desempeño contractual de buena fe es un principio organizativo general del derecho contractual.”⁹⁶ Según el razonamiento de Justice Cromwell, este principio sustenta e informa varias reglas donde el *common law* reconoce obligaciones de buena fe en el cumplimiento del contrato.⁹⁷ El principio organizador de la buena fe, bajo el análisis de Cromwell J, ejemplifica la idea de que una parte debe tener en cuenta los “intereses contractuales legítimos” de la otra parte contratante.⁹⁸ Esta consideración incluye al menos que una parte no debe tratar de socavar esos intereses de ‘mala fe’.⁹⁹

El segundo y más importante paso en el razonamiento de Cromwell J es que una manifestación más del principio organizador de la buena fe es el reconocimiento de un “deber de derecho común que se aplica a todos los contratos para actuar honestamente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.¹⁰⁰ Este deber implica al menos que las partes “no mientan ni se engañen a sabiendas sobre asuntos directamente relacionados con la ejecución del contrato”.¹⁰¹ El nuevo deber del cumplimiento honesto debe considerarse como una doctrina general del derecho contractual en lugar de un término implícito.¹⁰² Este deber impone un “estándar mínimo de cumplimiento contractual honesto” y opera “independientemente de las intenciones de las partes”.¹⁰³

b) El enfoque del Derecho Civil

En los países de Derecho Civil, la buena fe se considera a menudo como la norma más alta del derecho contractual, el derecho de las obligaciones o incluso el derecho privado.¹⁰⁴ La mayoría de los códigos civiles europeos contienen una disposición general de buena fe.¹⁰⁵ En el contexto latinoamericano, el principio general de buena fe también se incluye en la mayoría de los códigos civiles.¹⁰⁶

La mayoría de los sistemas distinguen dos tipos de buena fe, a saber, objetiva y subjetiva.¹⁰⁷ La buena fe subjetiva se describe como un estado mental subjetivo, sin tener en cuenta circunstancias o hechos particulares.¹⁰⁸ La buena fe objetiva generalmente se considera como una “norma para la conducta de las partes contratantes: actuando de acuerdo con o en contra

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Bhasin v Hrynew* 2014 SCC 71, [33].

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid* [65].

⁹⁹ *Ibid*; Hunt, *supra* n 93, 5.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid* [73].

¹⁰² *Ibid* [74].

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Martijn Hesselink, ‘The Concept of Good Faith’, in: Arthur Hartkamp (ed), *Towards a European civil code* (Kluwer Law International, 2004) 472.

¹⁰⁵ *Ibid* 471; Ver: Art. 1134, Section 3 French Civil Code; Art. 242 German Civil Code; Art. 2 Swiss Civil Code; Arts 1175 and 1375 Italian Civil Code; Art. 288 Greek Civil Code; Art 762, section 2, Portuguese Civil Code; Arts. 6:2 and 6:248 Dutch Civil Code. Ver también: Art. 1.201 PECL.

¹⁰⁶ See: Art. 1198 Argentinian Civil Code; Art. 1562 Ecuadorian Civil Code; Art. 1556 Chilean Civil Code; Art. 1362 Peruvian Civil Code; Art. 1796 Mexican Federal Civil Code; Art. 1603 Colombian Civil Code.

¹⁰⁷ Hesselink, *supra* n 104, 417.

¹⁰⁸ *Ibid* 471.

de la buena fe.¹⁰⁹ El último tipo de buena fe es el que se refiere a las disposiciones generales de buena fe en los códigos civiles. Algunas jurisdicciones incluso enfatizaron esta distinción estableciendo diferentes términos, por ejemplo en Alemania el *Treu und Glauben* (fidelidad y fe);¹¹⁰ o en Italia, la *buona fede e correttezza* (buena fe y honestidad).¹¹¹ En Francia, no hay distinción entre buena fe objetiva y subjetiva.¹¹²

La buena fe ha tenido un uso creciente en la mayoría de los sistemas legales europeos durante el siglo XX.¹¹³ La aplicación de la cláusula de buena fe ha ido creciendo considerablemente en muchos sistemas, tanto en una serie de casos en los que se ha aplicado como en el campo de aplicación.¹¹⁴

B.1) RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El origen del contrato suele ir precedido de extensas negociaciones.¹¹⁵ A menudo no es posible identificar una oferta y una aceptación en el enfoque clásico.¹¹⁶ Los contratos son el resultado de “un proceso gradual en el que los acuerdos se alcanzan poco a poco en varias rondas con una sucesión de borradores”.¹¹⁷

Los diferentes sistemas reconocen un deber general de buena fe precontractual.¹¹⁸ En algunos códigos hay una disposición particular sobre la buena fe precontractual.¹¹⁹ En otros, este deber ha sido establecido por los tribunales.¹²⁰ Bajo esta base, algunos tribunales generalmente reconocen un deber precontractual de informar.¹²¹ En el mismo camino, han sostenido que una parte puede ser responsable de romper las negociaciones de una manera contraria a la buena fe.¹²² Con respecto a este tema, existe una diferencia inmediata entre los sistemas de derecho civil y el derecho consuetudinario, ya que este último no impone un deber general de buena fe precontractual.¹²³

El primer autor en reconocer la posibilidad de responsabilidad de una de las partes por falta en las negociaciones fue el jurista alemán Rudolph von Ihering.¹²⁴ Propuso que una parte que induce a otra a confiar en la conclusión de un contrato válido puede ser responsable de culpa *in contrahendo*.¹²⁵ Actualmente la doctrina alemana de culpa *in contrahendo* está codificada bajo el artículo 311 (2) del Código Civil alemán.¹²⁶

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press, 2000) 18.

¹¹¹ *Ibid.* 32.

¹¹² Hesselink, *supra* n 104, 471.

¹¹³ *Ibid.* 478.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ HG Beale y Denis Tallon, *Contract Law* (Hart Pub, 2002) 237.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Farnsworth, *above* n 52, 218.

¹¹⁸ Beale y Tallon, *above* n 115, 237.

¹¹⁹ Ver: Art. 133 Italian Civil Code; Art. 197 Greek Civil Code; Art. 227 Portuguese Civil Code; Section 311(2) German Civil Code. Ver también: Art. 2:301 PECL.

¹²⁰ Hesselink, *supra* n 104, 479.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ Beale y Tallon, *supra* n 115, 238.

¹²⁴ R. von Ihering, ‘Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen’, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861 IV.1.

¹²⁵ Beale y Tallon, *supra* n 115, 237.

¹²⁶ Section 311(2) German Civil Code.

En Alemania, el *Reichsgericht* ha determinado que, al entablar negociaciones, las partes entablan una relación jurídica (*Rechtverhältnis*), comparable a una relación contractual.¹²⁷ En este tipo de relación legal, surgen varias obligaciones entre las partes, que incluyen obligaciones tales como no infligir daño a la persona o propiedad de la otra parte, proporcionar cierto tipo de información o no interrumpir negociaciones avanzadas sin una razón legítima.¹²⁸ El *Bundesgerichtshof* ha seguido el mismo razonamiento.¹²⁹

En la mayoría de los países de derecho civil europeo, el deber precontractual de buena fe incluye iniciar negociaciones sin tener la intención de celebrar un contrato,¹³⁰ mantener negociaciones paralelas en ciertos casos,¹³¹ interrumpir las negociaciones de manera contraria a la buena fe,¹³² ingresar a sabiendas a un inválido contrato,¹³³ no dar información adecuada,¹³⁴ revelar información confidencial que bajo ciertas circunstancias puede ser contraria a los requisitos de buena fe¹³⁵ y causar daño físico a la otra parte en el curso de las negociaciones.¹³⁶

Finalmente, es importante mencionar que aunque la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil reconocen alguna forma de responsabilidad precontractual, sus técnicas son diferentes.¹³⁷ Algunos sistemas cubren la situación bajo la ley de responsabilidad extracontractual; otros han desarrollado una doctrina independiente de responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*);¹³⁸ algunos lo han hecho judicialmente; mientras que otros han promulgado como un deber general.¹³⁹

B.2) CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

La mayoría de los sistemas de derecho civil reconocen como un principio primordial que las partes deben actuar de buena fe para acordar y ejecutar contratos.¹⁴⁰ Como se indicó la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil establecen un deber general de actuar de buena fe en el desempeño del contrato.¹⁴¹ Este principio, derivado del derecho romano, está reconocido en países de derecho civil como Alemania, Francia, Italia, Bélgica, los Países Bajos, Polonia, Portugal, España, Suiza, China,¹⁴² Japón, República de Corea, Israel, la provincia de Quebec y el Estado de Louisiana.

¹²⁷ Beale y Tallon, supra n 115, 239.

¹²⁸ Reichsgericht, 7 December 1911, RGZ 78, 239.

¹²⁹ BGH, 10 July 1970, LM § 276 [Fa] BGB No 34, NJW 1970.1840.

¹³⁰ *Ibid* 245.

¹³¹ *Ibid* 248.

¹³² *Ibid* 248, 254.

¹³³ *Ibid* 278–279.

¹³⁴ *Ibid* 279–286.

¹³⁵ *Ibid* 290; Sin embargo, es importante notar que el incumplimiento de un deber de confidencialidad en los países de derecho civil encuentra fundamento principalmente en una conducta ilícita bajo el estatuto de responsabilidad extracontractual en ausencia de un contrato válido, en lugar de un estatuto de responsabilidad precontractual, ver: Lake, supra n 63, 346.

¹³⁶ Beale y Tallon, supra n 115, 292–293.

¹³⁷ John Cartwright and Martijn Hesselink (eds), *Precontractual Liability in European Private Law* (Cambridge University Press, 2009) 480.

¹³⁸ See: Robert A Riegert, 'The West German Civil Code, Its Origin and Its Contract Provisions', *Civil law* (Aldershot, Dartmouth, 1996.) 321–324.

¹³⁹ Cartwright and Hesselink, supra n 137, 480.

¹⁴⁰ Ter, supra n 78, 120.

¹⁴¹ Hesselink, supra n 104.

¹⁴² Acerca del principio de la buena fe en la cultura China, sus orígenes se pueden encontrar en el Confucionismo bajo el principio de *chengshi xinyong*, que es una expresión de la honestidad y confiabilidad equivalente a la buena fe, ver: Good Faith (Bona Fide) <<http://opil.ouplaw.com.ezp.lib.unimelb.edu.au/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-c1412>>.

La obligación de buena fe en los regímenes de derecho civil que comienza en la etapa precontractual, se extiende a la ejecución del contrato y exige a las partes actuar de manera razonable.¹⁴³ En otras palabras, una parte no violará la “relación de confianza con las personas, con quien se negocia y luego se contrae”.¹⁴⁴ En cuanto al contenido de esta obligación de buena fe en la ejecución del contrato, el primer punto a resaltar es la diversidad de usos aparentes del principio en la doctrina del derecho civil.¹⁴⁵ Como ha señalado el profesor Hesselink, la buena fe se ha considerado como una norma, un principio importante, una norma, una máxima, un deber, una norma o un estándar de conducta, una fuente de derecho no escrito y una cláusula general. A pesar de la aparente multiplicidad y el significado de la buena fe en la doctrina, la situación es menos confusa de lo que parece.¹⁴⁶ Existe un consenso de que la buena fe no es una regla, o al menos no una regla de los demás.¹⁴⁷ Esto porque a diferencia de otras reglas no es susceptible de subsunción, ya que la imposibilidad de establecer a priori los hechos y su efecto legal.¹⁴⁸

De esta forma, la buena fe se puede caracterizar como una norma abierta.¹⁴⁹ El contenido de este principio no puede establecerse de manera abstracta, sino que depende de las circunstancias particulares del caso a ser aplicado, estableciéndose a través de la concreción.¹⁵⁰ Este proceso es crucial, porque lo que realmente importa es cómo los tribunales aplican la buena fe, como sostiene el profesor Hesselink, “el carácter de la buena fe se demuestra mejor por la forma en que funciona”.¹⁵¹ Estas razones pueden explicar por qué la obligación de buena fe se establece en términos generales en los códigos de derecho civil.¹⁵²

IV. El desarrollo del buen principio de fe en derecho uniforme: Principios de UNIDROIT 2010, sobre Contratos Mercantiles Internacionales.

El contrato de joint venture internacional, por su naturaleza, están en relación con dos o más países y, por lo tanto, con dos o más sistemas jurídicos.¹⁵³ Cuando hay disputas en este tipo de contratos, pueden existir diferentes leyes nacionales con reclamos contradictorios sobre la determinación de los derechos y obligaciones contractuales.¹⁵⁴ Según Clive M. Schmitthoff, “el problema central en un contrato internacional es la determinación de la ley aplicable al contrato”.¹⁵⁵

En los contratos internacionales, la elección de la ley está relacionada con la identificación de la ley que rige una cuestión en disputa entre las partes.¹⁵⁶ De acuerdo con la doctrina de la autonomía de las partes, los participantes en un contrato de joint venture internacional o cualquier contrato internacional, son libres de elegir la ley que rige su relación.¹⁵⁷ Una de

¹⁴³ Tetley, supra n 81, 569.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Hesselink, supra n 104, 473.

¹⁴⁶ *Ibid.* 474.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*; Arthur Taylor Von Mehren and James Gordley, *The Civil Law System : An Introduction to the Comparative Study of Law* (Brown, 1977) 93.

¹⁵² Ver también: Riegert, supra n 138, 289–292.

¹⁵³ Fisher y Fisher, supra n 12, 323.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Clive M Schmitthoff and Chia-Jui Cheng, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law* (M. Nijhoff, Graham & Trotman, 1988) 584.

¹⁵⁶ Fisher y Fisher, supra n 12, 324.

¹⁵⁷ *Ibid.* 326.

estas opciones son las diferentes iniciativas internacionales tales como la CISG, los Principios de UNIDROIT, los Principios Europeos de Derecho Contractual (EPCL) y los recientes Principios Latinoamericanos de Derecho Contractual (LPCL).

Los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales ('Principios UNIDROIT')¹⁵⁸ representan una codificación privada de la parte general del derecho contractual internacional.¹⁵⁹ Se publicaron por primera vez en 1994, seguidos por una segunda edición en 2004 y una tercera en 2010.¹⁶⁰

a) *El estándar de conducta entre los participantes en el contrato de joint venture en el área de los recursos naturales, según los Principios de UNIDROIT*

El estándar de conducta entre los participantes en un contrato de joint venture internacional se puede entender bajo las nociones de buena fe y trato justo contenidas en los Principios de UNIDROIT. Uno de los objetivos de los Principios es "proporcionar en la mayor medida posible condiciones justas y equitativas en las transacciones transfronterizas."¹⁶¹ Las nociones de buena fe y trato justo se han designado como la 'magna Carta del derecho comercial internacional'.¹⁶²

Las obligaciones de buena fe y trato justo se reconocen en el Artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT.¹⁶³ El artículo establece '(1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber'.¹⁶⁴ Los principios de buena fe y trato justo han sido derivados por numerosos laudos arbitrales y decisiones judiciales.¹⁶⁵ Las nociones de buena fe y trato justo son una de las ideas fundamentales subyacentes a los Principios de UNIDROIT.¹⁶⁶ Los principios contienen diferentes disposiciones que son una aplicación directa o indirecta de las nociones de buena fe y trato justo.

Los Principios de UNIDROIT establecen una obligación general para que las partes actúen de buena fe y con un trato justo.¹⁶⁷ El Artículo 1.7 es claro al establecer que en ausencia de disposiciones especiales en los principios, la conducta o el comportamiento de las partes a lo largo de la existencia del contrato, incluidas todas las etapas contractuales, se ajustarán a los principios de buena fe y trato justo.¹⁶⁸ En este sentido, los Principios de UNIDROIT siguen un enfoque similar a la mayoría de los sistemas de derecho civil, contrario a los sistemas de derecho común, que generalmente rechazan doctrinas de buena fe o incluso admiten un deber general de actuar de buena fe por las partes.¹⁶⁹

El concepto de buena fe no está definido por los Principios de UNIDROIT, sin embargo, debido al hecho de que es seguido por un trato justo, es claro que se debe entender en un

¹⁵⁸ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010 (Unidroit, 2010).

¹⁵⁹ Michael Joachim Bonell, 'International Investment Contracts and General Contract Law: A Place for the Unidroit Principles of International Commercial Contracts?' (2012) 17 Uniform Law Review - Revue de droit uniforme 141, 141.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (Transnational Publishers, 2005) 127.

¹⁶² Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (Kluwer Law International, 1999) 165.

¹⁶³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, 18.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ For examples of Arbitral Awards and Court Decisions, ver: Bonell, supra n 162, 128.

¹⁶⁶ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, 19.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Bonell, supra n 165, 129-130; Hesselink, supra n 104, 471.

sentido objetivo.¹⁷⁰ En este sentido, los principios de buena fe y trato justo se entenderán como sinónimo de la idea de “normas comerciales razonables de trato justo”,¹⁷¹ como se hace referencia en otros lugares a los Principios de UNIDROIT.¹⁷² La buena fe y el trato justo no deben entenderse en un sentido subjetivo, ya sea como ‘un estado mental o simplemente actuando honestamente’.¹⁷³

El Artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT delimita el alcance de las nociones de buena fe y trato justo para el comercio internacional.¹⁷⁴ Esto implica que los dos conceptos deben aplicarse a cualquier estándar nacional solo en la medida en que sean aceptados por diversos sistemas legales.¹⁷⁵

(A) ABUSO DE DERECHOS

Los Principios de UNIDROIT abordan diferentes tipos de comportamiento en contra de la buena fe y el trato justo. El primero es el llamado abuso del derecho.¹⁷⁶ Este tipo de conducta se caracteriza por el comportamiento malicioso de una parte, por ejemplo, cuando una parte ejerce un derecho solo para dañar a la otra parte.¹⁷⁷ Otro ejemplo es cuando una parte ejerce un derecho para un “propósito diferente al que se le ha otorgado”, también cuando el “ejercicio de un derecho es desproporcionado al resultado originalmente previsto”.¹⁷⁸

(B) COMPORTAMIENTO INCONSISTENTE

El segundo caso de conductas contra los principios de buena fe y trato justo en los Principios de UNIDROIT es el comportamiento inconsistente. La prohibición de comportamiento incoherente se trata explícitamente en el Artículo 1.8 de los Principios de UNIDROIT. El artículo establece:

“Una parte no puede actuar de manera incompatible con un entendimiento que ha causado a la otra parte y sobre el cual la otra parte ha actuado razonablemente en dependencia de su perjuicio.”¹⁷⁹

La prohibición de comportamientos incoherentes impone a las partes la responsabilidad de no causar perjuicio o daño a otra parte al actuar de manera incompatible con la comprensión de su relación contractual, lo que ha generado una expectativa razonable de confianza.¹⁸⁰ Esta prohibición es bien conocida en las jurisdicciones de derecho civil como la *théorie de l'apparence*,¹⁸¹ el concepto de *venire contra factum proprium*¹⁸² o la doctrina de los actos propios.¹⁸³

¹⁷⁰ Bonell, supra n 165, 131.

¹⁷¹ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, artículos 3.2.5, 3.2.7.

¹⁷² Bonell, supra n 165, 131.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, 20.

¹⁷⁵ Bonell, supra n 165, 132.

¹⁷⁶ Ver: René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile, 2001) [227] – [228]; López Díaz and Patricia Verónica, ‘El Abuso Del Derecho de Opción Del Acreedor Y Su Importancia En La Construcción de Un Sistema Equilibrado de Remedios Por Incumplimiento Contractual’ [2012] *Revista chilena de derecho privado* 13.

¹⁷⁷ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, 20.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid* Art 1.8.

¹⁸⁰ Bonell, supra n 165, 134.

¹⁸¹ Respecto del Derecho Francés, ver: Agnès Rabagny, *Théorie générale de l'apparence en droit privé* (Presses universitaires du septentrion, 2004).

¹⁸² G Roth, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4th ed., 2003) 111.

¹⁸³ En España, ver: Luis Díez-Picasso and Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II* (Editorial Tecnos S.A., 6th ed, 1998) 433, 438; En Chile, ver: Padilla Parot and Ricardo Andrés, ‘Por Una Correcta Aplicación de La Doctrina de Los Actos Propios’ [2013] *Revista chilena de derecho privado* 135; En Colombia, ver: López Mesa and Marcelo J, ‘The

En el *common law*, el principio se conoce como la doctrina del *estoppel*, y especialmente el *estoppel* por representación o *estoppel* equitativo.¹⁸⁴

La prohibición de comportamiento inconsistente o contradictorio ha sido reconocido como uno de los primeros principios de *Lex Mercatoria*.¹⁸⁵ Este principio también se aplica en diferentes disposiciones de los Principios de UNIDROIT. El primero es respecto de la revocación de una oferta, en la que una oferta no puede revocarse “si era razonable que el destinatario confiara en que la oferta es irrevocable y el destinatario ha actuado basándose en la oferta”.¹⁸⁶

Una segunda aplicación del principio es respecto de la modificación en una forma particular, cuando un contrato que contiene una disposición que establece que el contrato solo será terminado o modificado por un acuerdo escrito, una parte puede ser excluida de este derecho en la medida en que la otra parte ha “actuado razonablemente basándose en esa conducta”.¹⁸⁷

Un tercer ejemplo se refiere a los agentes que actúan sin o excediendo su autoridad, donde si el principal hace que el tercero ‘razonablemente crea que el agente tiene autoridad para actuar en nombre del principal’¹⁸⁸ y si el agente está actuando dentro del alcance de su autoridad, el principal “no puede invocar contra el tercero la falta de autoridad del agente”.

(C) NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Existen diferentes disposiciones en los principios de UNIDROIT con respecto a la buena fe y el trato justo en las negociaciones contractuales.¹⁸⁹ El más importante es el Artículo 2.1.15 sobre negociaciones de mala fe, que establece:

- (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por la falta de llegar a un acuerdo.
- (2) Sin embargo, una parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por las pérdidas causadas a la otra parte.
- (3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando intenta no llegar a un acuerdo con la otra parte.¹⁹⁰

Este artículo reconoce que incluso cuando las partes son libres de decidir cómo y durante cuánto tiempo continuar con los esfuerzos para llegar a un acuerdo, una parte puede ser responsable si una de las partes negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe.¹⁹¹ Además, el número (3) del Artículo especifica el significado de mala fe en este contexto. En este sentido, la mala fe en la responsabilidad precontractual en virtud de los Principios de UNIDROIT se caracteriza por el hecho de que una de las partes que celebra o continúa negociaciones no tiene la intención de llegar a un acuerdo.¹⁹²

Otro caso sobre la negociación es la mala fe cuando una parte engañó deliberadamente o negligentemente a la otra parte con respecto a la naturaleza del contrato o al términos del contrato futuro.¹⁹³ Esto puede ser al tergiversar hechos o al no revelar hechos particulares, que debido a la naturaleza de las partes o el contrato, deben ser revelados.

Own Acts Doctrine, Its Features And Application Requirements' [2009] Vniversitas 189.

¹⁸⁴ George Spencer Bower et al, *The Law Relating to Estoppel by Representation: Originaltext* (Tottel Pub, 4th ed, 2007).

¹⁸⁵ Berger, *supra* n 166, 222.

¹⁸⁶ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, above n 162, Art. 2.1.4; Ver también: CISG 16(2).

¹⁸⁷ *Ibíd* Art. 2.1.18; Ver también: CISG 29(2).

¹⁸⁸ *Ibíd* Art. 2.2.5.

¹⁸⁹ Bonell, *supra* n 165, 136.

¹⁹⁰ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, above n 162, Art. 2.1.15.

¹⁹¹ *Ibíd* 60.

¹⁹² *Ibíd* 61.

¹⁹³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, above n 162, 60.

Además del Artículo 2.1.15, también se relaciona con la responsabilidad precontractual, el deber de confianza establecido por el Artículo 2.1.16. Este deber implica que una parte que recibe información durante el curso de las negociaciones, tiene el deber “de no divulgar esa información o de utilizarla de forma inadecuada para sus propios fines, independientemente de si el contrato se concluye o no posteriormente”.¹⁹⁴

Si bien el deber de confianza es generalmente familiar en el plano nacional, y también se aplica en general en los contratos internacionales, el artículo 2.1.15, que impone una responsabilidad precontractual general para negociar de mala fe, ha sido reconocido como innovador.¹⁹⁵ De hecho, la idea de la responsabilidad precontractual para negociar de mala fe como consecuencia de un deber general de buena fe y trato justo es bien conocida en las jurisdicciones de derecho civil bajo la idea de culpa *in contrahendo*.¹⁹⁶ En los sistemas de *common law*, hay una renuencia general a restringir la libertad de contratación, donde las partes están en riesgo hasta que se llegue a un acuerdo.¹⁹⁷ Sin embargo, esta diferencia teórica fundamental es menos dramática tal como aparece. Como ha señalado el profesor Bonell a pesar de que “la ausencia de una obligación general de trato justo durante las negociaciones en los sistemas de *common law*” no significa necesariamente que los reclamos específicos por responsabilidad precontractual no se basen en otros motivos”.¹⁹⁸

(D) INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Otra de las aplicaciones de los principios de buena fe y trato justo puede encontrarse en una cuestión de interpretación de contrato. En este sentido, la buena fe puede usarse no solo para interpretar términos expresados sino también términos implícitos.¹⁹⁹

El Artículo 4 de los Principios de UNIDROIT establece los diferentes métodos de interpretación de contratos. Con respecto a los principios de buena fe y trato justo, la primera disposición relevante es el Artículo 4.1 (2). Este artículo establece que si no es posible determinar la intención de las partes para interpretar el contrato, éste debe interpretarse “de acuerdo con el significado que las personas razonables del mismo tipo que las partes le otorgarían en el mismo circunstancias.” Del mismo modo, el Artículo 4.2 (2) establece respecto a la interpretación de declaraciones y otras conductas de las partes, que éstas ‘deberán ser interpretadas de acuerdo con el significado que una persona razonable del mismo tipo que la otra parte le otorgaría. en las mismas circunstancias’.²⁰⁰

El significado que una “persona razonable” daría a las declaraciones contractuales u otras conductas, referidas en el Artículo 4.1 (2) y el Artículo 4.2 (2) ha sido caracterizado como el significado que una persona de buena fe les daría en las mismas circunstancias.²⁰¹

La disposición más importante de los Principios de UNIDROIT con respecto a la interpretación de contratos es el Artículo 4.8. Este artículo se refiere a la buena fe y el trato justo como uno de los criterios que se utilizarán para proporcionar un término omitido. Un término omitido

¹⁹⁴ Ibid Art. 2.1.16.

¹⁹⁵ Bonell, above n 165, 139.

¹⁹⁶ Ibid; Para un análisis comparativo de la aplicación de la doctrina de la culpa in contrahendo en los sistemas europeos, ver: Zimmermann and Whittaker, supra n 110, 236–257.

¹⁹⁷ J Beatson and Daniel Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law (Clarendon Press; Oxford University Press, 1995) 28.

¹⁹⁸ Bonell, supra n 165, 140.

¹⁹⁹ Federica Rongeat-Oudin and Martin Oudin, ‘The Reception of the UNIDROIT Principles by the Lex Mercatoria: The Example of Good Faith’ [2009] International Business Law Journal 697, 711.

²⁰⁰ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, above n 162, Art. 4.1(2).

²⁰¹ Rongeat-Oudin and Oudin, above n 225, 711; Ver también: Unknown parties (Awards) (ICC International Court of Arbitration, Case No 9651, August 2000).

es uno que las partes no han acordado pero que es importante para determinar sus derechos y deberes”.²⁰² Sin embargo, la determinación de cuál es un término omitido apropiado de acuerdo con la buena fe y el trato justo es aplicable solo si no se pueden establecer las expectativas reales o hipotéticas de las partes, y junto con la naturaleza y el propósito del contrato y los criterios de razonabilidad.²⁰³

(E) CUMPLIMIENTO

Con respecto al desempeño de los contratos, la primera disposición relevante de los Principios de UNIDROIT es el Artículo 5.1.2 sobre obligaciones implícitas. Este artículo establece que las obligaciones implícitas se derivan de la buena fe y el trato justo. La idea de una obligación implícita de actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo se aborda expresamente en la mayoría de los sistemas de derecho civil.²⁰⁴

Esta disposición ciertamente puede superponerse con el Artículo 4.8 (Suministrando un término omitido), al menos cuando no es posible determinar la intención de las partes, y es necesario recurrir a los criterios objetivos provistos por el Artículo 4.8 (2).²⁰⁵ Sin embargo, como este criterio es el mismo, no existe una diferencia práctica en la aplicación de una u otra disposición.²⁰⁶

Otra aplicación particular del principio de buena fe y trato justo es el Artículo 5.1.3 sobre los deberes de cooperación entre las partes. El artículo establece que “[u]na parte cooperará con la otra parte cuando pueda esperarse razonablemente esa cooperación para el cumplimiento de las obligaciones de esa parte”.²⁰⁷ Esta noción es crucial para los contratos a largo plazo y cooperativos, como el joint venture porque vincula la relación contractual con el deber de cooperar con las partes que buscan un proyecto común. Los contratos no son solo un acuerdo entre dos intereses opuestos, sino que también deben considerarse en cierta medida como un proyecto común donde cada parte debe cooperar.²⁰⁸

Otro ejemplo de la aplicación de los principios de buena fe y trato justo es el Artículo 5.1.8 sobre contratos por tiempo indefinido. De acuerdo con esta disposición, cuando el contrato no tiene una duración determinada o determinable, cualquiera de las partes puede rescindirlo mediante notificación previa con “anticipación razonable”.²⁰⁹

Finalmente, con respecto a dos aplicaciones o consecuencias más del principio de buena fe y trato justo en el desempeño de las obligaciones contractuales. Estos casos son el Artículo 6.1.3 con respecto al cumplimiento parcial y el Artículo 6.1.5 con respecto al desempeño anterior.²¹⁰ Con respecto al cumplimiento parcial, el acreedor tiene derecho, en principio, a rechazar un cumplimiento parcial que, en términos generales, constituye un incumplimiento del contrato. Sin embargo, si la parte que ofrece el cumplimiento parcial prueba que el acreedor no tiene un interés legítimo en rechazar una oferta para realizar una parte, el acreedor no puede rechazar tal cumplimiento.²¹¹

²⁰² Bonell, supra n 165, 143.

²⁰³ *Ibid* 144.

²⁰⁴ Por ejemplo, el artículo 1135 del Código Civil Francés establece ‘Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature.’

²⁰⁵ Bonell, supra n 165, 145.

²⁰⁶ *Ibid*.

²⁰⁷ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, above n 162, Art. 5.1.2.

²⁰⁸ *Ibid* 150.

²⁰⁹ *Ibid* 159.

²¹⁰ Bonell, above n 165, 146.

²¹¹ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, 182.

En relación con el cumplimiento anterior, el artículo 6.1.5 también puede rechazar en principio a un acreedor anterior, a menos que no tenga un “interés legítimo en hacerlo.”²¹² De manera similar a la situación anterior, el cumplimiento anterior en principio constituye incumplimiento del contrato.²¹³ Al igual que en el caso anterior, el cumplimiento anterior puede no causar ningún daño significativo al acreedor, si la parte que licita el cumplimiento anterior puede demostrar que este es el caso, la otra parte no puede rechazar éste.²¹⁴

(F) EXCESIVA ONEROSIDAD

El principio general de buena fe y trato justo se aplica también en materia de dificultad. El Artículo 6.2.1. define la excesiva onerosidad como la situación donde la ocurrencia de eventos que ‘alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato ya sea porque el costo del desempeño de una parte ha aumentado o porque el valor de la actuación que recibe una parte ha disminuido [...]’.²¹⁵

Uno de los efectos de la excesiva onerosidad es que la parte desfavorecida tiene derecho a solicitar negociaciones.²¹⁶ A pesar de que el Artículo 6.2.3 no menciona que la renegociación estará sujeta al principio de buena fe y trato justo, es claro que tanto la solicitud de renegociación por la parte afectada como el comportamiento de ambas partes durante el proceso están sujetos a al principio general de buena fe y trato justo y el deber de cooperar.²¹⁷ Esta disposición es especialmente importante para el caso en estudio, porque, como un contrato a largo plazo, las diferentes condiciones pueden cambiar, tales complicaciones técnicas, precios de los productos básicos, las normas ambientales y de seguridad, entre otros factores.

(G) INCUMPLIMIENTO

Los Principios de UNIDROIT contienen diversas disposiciones que relacionan el principio general de buena fe y el trato justo con el incumplimiento. El primero es el Artículo 7.1.2 sobre la interferencia de la otra parte en la ejecución del contrato.²¹⁸ Esta disposición establece que una parte no puede confiar en el incumplimiento de la otra parte, en la medida en que tal incumplimiento fue causado por la primera parte, o cuando la primera parte asume el riesgo del evento pertinente.²¹⁹

La segunda aplicación es el Artículo 7.1.7 sobre fuerza mayor. Este artículo excluye la responsabilidad de una de las partes por su incumplimiento debido a un impedimento que escapa a su control y que no se podía esperar ‘razonablemente’ que se tuviera en cuenta en el momento de la celebración del contrato.²²⁰

La tercera disposición relevante es el Artículo 7.2.2 sobre el cumplimiento de una obligación no monetaria. Este artículo establece que una parte que debe una obligación no monetaria puede exigir el cumplimiento, a menos que éste sea imposible, excesivamente oneroso o costoso, o cuando la parte con derecho a la prestación pueda obtenerlo de otra fuente.²²¹

²¹² *Ibid* Art. 6.1.5(1).

²¹³ *Ibid* 185.

²¹⁴ Bonell, above n 165, 147.

²¹⁵ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, Art 6.2.2.

²¹⁶ *Ibid* 218.

²¹⁷ *Ibid* 220.

²¹⁸ *Ibid* Art. 7.1.2.

²¹⁹ *Ibid* 224.

²²⁰ Bonell, supra n 165, 148.

²²¹ *Ibid*.

La cuarta instancia de aplicación del principio general de buena fe y trato justo es el artículo 7.3.4 que permite a una parte que “cree razonablemente” que habrá una falta de cumplimiento fundamental por parte de la otra parte para exigir una garantía adecuada de vencimiento actuación.²²²

La quinta aplicación está dada por el Artículo 7.4.8 que establece el deber de una parte perjudicada de tomar medidas razonables para reducir el daño causado por la parte incumplidora. Al mismo tiempo, la parte perjudicada le da derecho a recuperar cualquier gasto ‘razonable incurrido’ para reducir el daño.²²³

Existen otras disposiciones en los Principios de UNIDROIT con respecto a la “vigilancia” contra la injusticia contractual. Estas disposiciones se encuentran en los artículos 1.9 (Usos y prácticas); 2.1.20 (términos sorprendentes); 3.8 (Fraude); 3.9 (Amenaza); 3.10 (Disparidad bruta); 4.6 (regla contra *proferentem*); 7.1.6 (cláusulas de exención); y 7.4.13 (Pago acordado por incumplimiento).²²⁴

V. Elección de la ley y cláusulas de arbitraje

a) Arbitraje y Elección de la ley

Los contratos de joint venture internacionales se caracterizan en la mayoría de los casos por la participación de una empresa internacional y local en el país de acogida. La participación de diferentes entidades legales provenientes de diversos antecedentes legales hace necesaria la determinación de qué ley sustancial regirá el joint venture y los acuerdos relacionados. Las disputas surgirán inevitablemente entre los inversores durante la vida de una empresa conjunta. Como resultado, el contrato debe contener un mecanismo para resolver estas diferencias.

El recurso al arbitraje en este tipo de contratos puede basarse en varias razones. La primera es porque los proyectos de recursos pueden involucrar cuestiones muy sofisticadas y técnicas, donde es mejor evitar recurrir a un tribunal que no siempre cuenta con la experiencia requerida de conocimiento en esta área de la industria.²²⁵ El segundo, porque debido a la naturaleza y relevancia de los proyectos de recursos internacionales, requerirán una solución rápida que no es posible en los tribunales nacionales que tienen horarios apretados.²²⁶ El tercero, debido a las posibles diferencias culturales sustanciales entre las partes, de modo que un sistema legal no puede entenderse fácilmente.²²⁷ Este aspecto también está relacionado con por qué la ley uniforme puede ser una mejor opción de ley para los contratos internacionales. El cuarto, porque el arbitraje normalmente excluye aspectos costosos del litigio, como el examen de testigos antes o durante la etapa de prueba.²²⁸ La quinta y más importante razón es que el arbitraje puede ser particularmente relevante cuando, debido a la ley vigente o la ubicación de la empresa, el litigio posiblemente esté sujeto a prejuicios o sea impracticable.

Con respecto a la elección de la ley para el contrato en comento, los instrumentos de *soft law* como los Principios de UNIDROIT presentan diversas ventajas en comparación con la legislación nacional. El primero es el hecho de que los sistemas de derecho interno no tienen en cuenta la complejidad del contexto internacional en el que, por ejemplo, están inmersos los proyectos

²²² Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, supra n 162, Art. 7.3.4; ver también: CISG Art. 71.

²²³ Bonell, supra n 165, 149.

²²⁴ Ibid 149–150.

²²⁵ Wolf, supra n 11, 191.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid 354.

²²⁸ Ibid.

de recursos, en contraste con la ley uniforme.²²⁹ La segunda y relacionada con las primeras razones es porque los instrumentos de derecho blando, como los Principios de UNIDROIT, reflejan las necesidades de las transacciones internacionales y también se formulan como principios neutrales que no le dan una ventaja a una parte.²³⁰ Esto es especialmente relevante en las negociaciones entre partes con un poder de negociación desigual, que puede ser el caso de una empresa de recursos internacionales y una pequeña o mediana empresa nacional.²³¹ El tercero se debe a la flexibilidad de los instrumentos de *soft law*, que permiten a las partes diseñar la ley que rige su contrato. Esta posibilidad suele estar limitada en la legislación nacional.²³² La cuarta razón está relacionada con la certeza y la previsibilidad de las soluciones para las disputas económicas transnacionales.²³³ Los instrumentos de *soft law*, como los Principios de UNIDROIT, parecen ofrecer una posible solución para algunos problemas de caracterización en el arbitraje internacional, evitando recurrir a *lex fori* o *lex causae*, aumentando la previsibilidad y la certeza.

b) *Aplicabilidad de los Principios de UNIDROIT*

Los Principios formulan a través de sus artículos los principios fundamentales sobre “la formación, validez, interpretación y cumplimiento / incumplimiento de los contratos internacionales”.²³⁴ Debido a su carácter integral, han sido descritos como una especie de parte general de los contratos internacionales.²³⁵ A pesar de su naturaleza de instrumento no vinculante o de derecho indicativo, los Principios de UNIDROIT pueden aplicarse, y lo hacen cada vez más, a los contratos internacionales de inversión de diferentes maneras.²³⁶

En primer lugar, los principios pueden ser total o parcialmente incorporados en el contrato por las partes o expresamente designados como las normas legales que rigen el contrato.²³⁷ Si bien la aplicabilidad de los principios de un acuerdo de inversión es generalmente aceptada y sujeta a las disposiciones obligatorias de la ley que rige los contratos, las partes pueden elegir los Principios de UNIDROIT como las normas que rigen el contrato en combinación con un acuerdo de arbitraje.²³⁸

En segundo lugar, los Principios de UNIDROIT pueden aplicarse incluso sin una determinación expresa de las partes.²³⁹ Este es el caso cuando las partes genéricamente se refieren a expresiones como “los principios de lo común a los principios del derecho internacional”, o los “principios generalmente aceptados del derecho comercial internacional”, o cualquier otro tipo de ley que rija el contrato.²⁴⁰

En tercer lugar, los tribunales de arbitraje pueden decidir aplicar los Principios de UNIDROIT si no existe una cláusula de elección de ley.²⁴¹ Este enfoque ha sido llamado como el ‘*voie directe*’.

²²⁹ Berger, supra n 166, 18.

²³⁰ Henry Deeb Gabriel, ‘The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of Unidroit, Uncitral, and the Hague Conference’ (2009) 34 Brooklyn Journal of International Law 655, 669.

²³¹ *Ibid.*

²³² Fabrizio Marrella, ‘Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’ (2003) 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law 0, 1144.

²³³ *Ibid* 1151.

²³⁴ Hans van Houtte, ‘The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’ [1996] International Trade and Business Law Annual 1, 1.

²³⁵ Bonell, supra n 165, 141.

²³⁶ *Ibid* 142.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, above n 162, 3–4.

²³⁹ Bonell, supra n 165, 143.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

Este método puede ser respaldado siempre que, a partir de las circunstancias del contrato, pueda deducirse que las partes tienen la intención de excluir cualquier ley nacional.²⁴² Esta doctrina se ha aplicado en disputas energéticas, como el caso *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v Ecuador*.²⁴³ En este caso, el tribunal arbitral decidió aplicar las ‘disposiciones sustantivas del TBI y las disposiciones pertinentes de otras fuentes de derecho internacional’.²⁴⁴

Finalmente, las partes pueden elegir como la ley que rige el contrato una ley doméstica particular o determinada bajo las reglas del derecho privado internacional.²⁴⁵ En este caso, la legislación nacional aplicable puede no ser suficiente con respecto a los diferentes aspectos que pueden surgir en temas tales como la validez, la formación o el cumplimiento / incumplimiento de un contrato particular o complejo.²⁴⁶ Cada vez más, los tribunales arbitrales han utilizado los Principios de UNIDROIT interpretando y complementando la legislación nacional aplicable.²⁴⁷

c) Aplicación de los principios de UNIDROIT como Lex Mercatoria

Los Principios de UNIDROIT han sido aplicados como expresión de *Lex Mercatoria* en diferentes ocasiones tanto por tribunales nacionales como por tribunales arbitrales. En cuanto a los tribunales nacionales, uno de los principales reconocimientos de los Principios de UNIDROIT como *Lex Mercatoria* y también capaz de ser elegido como la ley que rige el contrato por las partes, fue la decisión del Tribunal Supremo de Colombia del 21 de febrero de 2012.²⁴⁸ En este caso, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en un fallo de la Sala Civil del Tribunal de Casación, estableció que las partes pueden elegir los Principios de UNIDROIT para regular los contratos comerciales internacionales con respecto a la ley nacional no imperativa.²⁴⁹ Este caso es una expresión del creciente reconocimiento de la libertad de las partes para elegir la ley aplicable a los contratos internacionales.²⁵⁰

En el campo de la energía, también es importante la decisión del Alto Tribunal Administrativo de Ucrania de 22 de abril de 2013.²⁵¹ El caso se refería a una empresa ucraniana que había celebrado un contrato con una empresa kazaja para la entrega de productos derivados del petróleo. Resolviendo la cuestión de la aplicabilidad de la fuerza mayor en el caso, la Corte sostuvo que los Principios de UNIDROIT se aplicaban al caso debido a que las partes eligen la ley, por lo tanto el reclamante no podía reclamar daños ni exigir la entrega de bienes o un reembolso.²⁵²

Estos casos son ejemplos de la tendencia creciente de la aplicación de los Principios de UNIDROIT por los tribunales nacionales. La aplicación de los principios por los tribunales arbitrales ha sido más amplia, y hay numerosos ejemplos de Principios de UNIDROIT que se

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v Ecuador (Partial award on merits) (210) IIC 421.*

²⁴⁴ *Ibid* [159].

²⁴⁵ Bonell, *supra* n 165, 143.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid*; ver también: *African Holding Company of America INC. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v République démocratique du Congo (Jurisdiction) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/05/21, 23 July 2008)*; *Petrobart v Kyrgyz Republic (Award) (SCC, Arbitral Tribunal, Case No 126/2003, 29 March 2005)*.

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia [Colombian Supreme Court], No 11001-3103-040-2006-00537-01, 21 February 2012; Ver también: Jorge Oviedo- Albán, ‘Unidroit Principles as Rules Applicable to International Contracts: With Regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s Ruling on 21 February 2012’ (2014) 19 *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme* 106.

²⁴⁹ *Ibid* [1]-[2].

²⁵⁰ Albán, *supra* n 254, 110.

²⁵¹ Вищій адміністративний суд України [Alto Tribunal Administrativo de Ucrania], No 2a-9871/12/2670, 22 April 2013.

²⁵² *Ibid.*

aplican como reglas de derecho que rigen el contrato,²⁵³ como sustituto de la legislación nacional que de otro modo sería aplicable,²⁵⁴ como medios para interpretar y complementar el derecho interno,²⁵⁵ y como medios para interpretar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.²⁵⁶

VI. Conclusiones

Los instrumentos de ley uniformes, como los Principios UNIDROIT, pueden ser una solución útil para superar esas diferencias, proporcionando una definición internacional y generalmente aceptada de términos como buena fe y trato justo. Especialmente los Principios de UNIDROIT que fueron redactados considerando el contexto internacional de proyectos y transacciones transnacionales. El principio de buena fe y trato justo es una de las nociones fundamentales en los Principios UNIDROIT, siendo reconocido en casi todos los aspectos del derecho de los contratos, incluyendo responsabilidad precontractual, interpretación, cumplimiento, excesiva onerosidad e incumplimiento.

Los instrumentos de *soft law*, como los Principios UNIDROIT, han sido reconocidos de manera creciente como derecho aplicable por los Tribunales nacionales, existiendo una larga línea de jurisprudencia reconociendo laudos arbitrales basados en instrumentos de derecho uniforme. Los tribunales arbitrales han aplicado los Principios UNIDROIT de diversas formas, constituyendo una tendencia general que pareciera continuar en el futuro.

²⁵³ Unknown parties (Awards) (Court of International Commercial Arbitration of the Romanian Chamber of Commerce and Industry Arbitral Tribunal, Case No 261, 29 September 2005); ver también, unknown parties; Unknown parties (Awards) (CAM, Arbitral Tribunal, 30 November 2006).

²⁵⁴ Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд [The Eighteenth arbitrazh court of appeal], No A07-12231/2008, 19 July 2011.

²⁵⁵ Unknown parties (Award) (The International Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation, No 177/2012, 16 July 2013); Unknown parties (Award) (The International Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation, No 91/2012, 25 January 2013).

²⁵⁶ Unknown parties (Awards) (CIS, Economic Court of the Commonwealth of Independent States Arbitral Tribunal, Case No 01-1/6/97, 23 June 1998).

EL PODER DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

GILBERTO BOUTIN I.*

RESUMEN

*El poder de la autonomía en los contratos internacionales, se define, como la prerrogativa del cual están investidos los particulares, para regular su propio entorno, en los negocios de derecho internacional privado. Se aborda, la dimensión de la libertad de elección la norma jurídica o régimen legal al negocio internacional, que oscila entre la aplicación de una ley extranjera distinta a la nacionalidad de los contratantes, pasando por la viabilidad de fundar dicha elección en una convención uniforme de derecho internacional privado, hasta el poder invocar como base del contrato internacional: una norma consuetudinaria, o bien, corporativa como lo son: los usos de comercio, codificados bajo la nomenclatura de la *lex mercatoria* o *New Law Merchant*, sin soslayar dentro de la presente comunicación el examen de los contratos asimétricos o entre desiguales, que el nuevo código de derecho internacional privado panameño, recoge en las hipótesis de los contratos del consumidor, laboral, de representación y otros, que exigen al juzgador un análisis sustentado en la equidad y reequilibrio contractual derivado de la desigualdad profesional y económica de los contratantes.*

Palabras Claves: *Autonomía de las partes, Jusnaturalismo-racionalista, international contract, solus consensus obligata, dépeçage contractual, lex mercatoria.*

ABSTRACT

In international contracts the parties have the opportunity to choose the applicable law. This is addressed as the "autonomy of the parties". In the Panamanian private law code can be appreciated that the parties have been granted the right to chose a different legal regime in contracts. Under the code the parties can chose a law different from their nationality or summon a uniform convention like the Unidroit Rules. The evolution of the parties "autonomy" to chose the applicable law on the contract must focus on influencing membership contracts. The membership contract contradicts the notion of equity between the parties. Therefore, the Panamanian policy maker introduces a regime on contract inequality, whit specific focus on consumer and labor contracts.

Key Words: *Autonomy of the parties, Jusnaturalism-rationalist, international contract, solus consensus obligata, dépeçage contractual, lex mercatoria.*

Introducción: Origen y fundamento filosófico del autonomismo contractual.

El origen de la autonomía de la voluntad, como fuente normativa, tiene lugar bajo el influjo del movimiento *iusnaturalista racionalista*¹, propio del vasto periodo del Renacimiento². Pero

* *Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Redactor de la Ley 7 de 8 de mayo de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá.*

¹ Varela Suanzes, Joaquín: Política y Estado en la Edad Media, Revista Española de Derecho Constitucional, Número 49 enero - abril 1997, p. 335.

² Del Vecchio, Giorgio: Philosophie du Droit, Dalloz, 1953, p. 68.

el *approche, pre- renacentista*, se inclinaba hacia una apreciación espacial objetiva, fundado en la alocución latina: *consuetudo loci contractus, criterio espacial, en donde le lieu de l'exécution doit être considéré come le locus contractus*.³ Evidentemente, la invención de la autonomía de la voluntad, como poder subjetivo, está fundada en la *libertad contracausal*⁴; el poder de crear normas privadas que le conciernen al individuo se denomina autonomía⁵. Pero, históricamente, es con *l'école d' Orleans*, que Hugo Grocio, sistematiza esta necesidad con el aforismo latino, *solus consensus obligat*⁶, dando lugar al desarrollo del *consensualismo moderno*, consignado finalmente por Pothier, en la formula jurídica: *los contratos tienen fuerza de ley entre las partes*⁷. Es a partir de dicha formula normativa, que el reino de la contractualización de la relaciones jurídicas toma forma, dando lugar a la elaboración de la doctrina universal del contrato, que sirve de vehículo de encuentro entre sistemas de cultura diferentes⁸ y en donde se desplaza el poder de la ley hacia el mundo contractual⁹. Así, dentro de los ciclos de civilización, el código civil francés¹⁰, disemina en el viejo continente, el principio del contrato equivalente o paralelo a ley¹¹, proyección que ejecuta a la perfección del Código civil de Andrés Bello¹², fuente de la contractualización en el nuevo mundo¹³.

Pero la evolución del poder contractual, como dominio de la libertad de las partes, se ve afectado por factores extra jurídicos como los son: la industrialización, la mundialización y el mercado, generando determinado desequilibrio en las formas contractuales y una forma de abuso unilateral entre las partes¹⁴, decantando dos grandes zonas de influencia de la libertad contractual en el plano internacional que podemos clasificar en: *contratos de comercio internacional entre iguales y contratos internacionales entre desiguales* o condiciones asimétricos que nos obligan a diferenciarlos en el nuevo código de derecho internacional privado panameño¹⁵.

I. Del derecho aplicable a los contratos internacionales entre iguales a la luz del nuevo código de derecho internacional privado.

Con el advenimiento de la Revolución Francesa, trae consigo los principios jurídicos de libertad¹⁶ e igualdad¹⁷ contractual entre las partes, que deviene claramente la base de la evolución de la técnica contractual moderna. Y como corolario de dichos principios contractuales, el método de localización del derecho aplicable a los contratos internacionales, apela a los criterios de **localización subjetiva**, representado en el poder de la autonomía de la voluntad de las partes, en el ejercicio de la escogencia o selección de la ley aplicable en el marco del derecho internacional privado. De igual manera, puede tener lugar, el hecho que el juez se

³ Meijers, E.M.: Etudes d'Histoire du Droit International privé, Centre National de la Recherche Scientifique, 1968, p. 100.

⁴ Schneewind, J.B.: La invención de l'autonomía, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 23.

⁵ Sacco, R.: Liberté contractuelle, volonté contractuelle, Revue Internationale de droit comparé, N° 4, octobre-décembre, 2007, p. 744.

⁶ Gorla, G.: El Contrato, Barcelona, Bosh, 1959, p. 71.

⁷ Nygh, P.: The Modern History of Autonomy, autonomy in international contract, Oxford, Claredon Press, 1999, p. 7.

⁸ Legrand, Pierre: Le droit comparé. Que sais-je? PUF, 1999, p. 116.

⁹ Jauffret Spinosi, Camille: Le Contrat, Journée Brésiliennes, T LV Travail de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 3.

¹⁰ Article 1132 del Code Civile.

¹¹ Basedow, Jurgen: Theory of Choice of Law and Party Autonomy, ASADIP, 2016, p. 17.

¹² Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel: Contratos, Tomo I., Art. 1545, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1992, p. 22.

¹³ Valentin, Vincent: Les conceptions néoliérales du droit, L'Etat contractualiste, Económica, 2002, p. 309.

¹⁴ Tintín, Guillermo: El Abuso en los Contratos, Editorial Depalma, 2002, p. 23.

¹⁵ Ley N° 61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley 7 del 2014, que adopta el Código De Derecho Internacional Privado de la República de Panamá.

¹⁶ Fin-Langer, Laurence: L'Equilibre Contractuel, L.G.D.J., 2002, p. 85.

¹⁷ Mazière, Pierre: Le Principe d'Egalité en Droit Privé, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003, p.16.

encuentre, con la ausencia de voluntad expresa del derecho aplicable, en un negocio jurídico internacional, obligando al juez a recurrir al método denominado de **localización objetiva**, dando lugar a la búsqueda de la voluntad de las partes vía interpretación de los factores de conexión que envuelven la economía del contrato internacional, tal como lo describe la ley derecho internacional privado. Pero en sendas hipótesis el concurso de normas materiales surgen como normas especiales¹⁸ y parte de la normativa contractual de hoy que nos obliga abordarla de manera preliminar.

a. Del método de normas materiales incorporadas al derecho contractual internacional.

En efecto, el régimen jurídico de los contratos internacionales privados en Panamá, consagra en su primera disposición, una norma material, dirigida a la comprensión del derecho contractual que al reproducir la fórmula de Pothier en el código de derecho internacional privado, que: *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de éstas de buena fe y lealtad negocial, salvo las limitaciones que establezca la ley*¹⁹.

La disposición precitada, es una norma material que tiene por finalidad un doble motivo: el primero, reafirmar el poder generador de derecho de los contratantes, no solo en el plano interno, sino puntualmente, en el plano del derecho internacional privado de la autonomía de la voluntad como resultado *propio vigore*²⁰. Un estudio profundo sobre la intervención de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual y patrimonial lo consagra **France Deby-Gerard**, al definir, que la autonomía de la voluntad, deviene un *procedimiento complementario*²¹ para la búsqueda del derecho aplicable a las relaciones jurídicas extraterritoriales como también lo son las reglas *directas o materiales* descubiertas por vía jurisprudencial las cuales surgen como auxiliares al método conflictualista.

Se trata de una norma material -la autonomía de la voluntad-, que abre la dimensión irrenunciable a la modernidad frente al *anti-autonomismo* de algunos derechos internacionales privados²², amparados en los Tratados de Montevideo, que prohíben la validez de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes como regla de conflicto autárquica²³ en la esfera de los contratos investidos de efectos extraterritoriales²⁴.

Pero la real intención de introducir un régimen de normas materiales²⁵ con vocación conflictual, en la elaboración de un derecho de contratos internacionales, radica, en que ellas, las normas materiales, descubiertas apenas hace 40 años, deben ser atendidas, para perfeccionar el estatus conflictual en determinadas causas. Ellas se asocian, en calidad de normas complementarias siendo parte del conjunto de normas nacionales, pero vinculadas a una realidad de carácter internacional²⁶.

¹⁸ Villaroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel: Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 99.

¹⁹ Artículo 67 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de estos y de buena fe y lealtad negocial, salvo las limitaciones que establezca la ley. La buena fe debe ser apreciada en el marco de la voluntad acordada en el convenio. La buena fe debe ser apreciada en el marco de la voluntad acordada en el convenio. El juez apreciará la buena fe en las fases precontractual, contractual y de ejecución bajo las reglas de justicia y cooperación contractual internacional".

²⁰ Fin-Langer, Laurence: Op Cit, p.133.

²¹ Deby-Gérard: Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Librairie Dalloz, 1973, p. 173.

²² Alfonsín, Quintín: Teoría de la Autonomía de la Voluntad Aplicable al Régimen Internacional de los Contratos, Escritos Jurídicos, T. II, Fundación de Cultura Universitaria, Parte 2, p. 369.

²³ Bustamante Sánchez, y Sirven, Antonio: La Autarquía personal, Estudios de Derecho Internacional Privado, Imprenta el siglo XX, 1914, p. 15.

²⁴ Gialdino, Curti: Volonté des parties en droit international privé, Recueil de l'Académie de La Haye, 1972, Tome III, 137 p. 778.

²⁵ Kegel, Gerhard: Derecho Internacional Privado, Ediciones Rosaristas, 1982, p. 34.

²⁶ Boutin, Gilberto: La Noción de Grupo de Interés Económico en el Código de Derecho Internacional Privado Panameño,

Complementario al poder reconocido en la misma norma positiva al arbitrio de los contratantes, se introduce reglas materiales definitivas aferentes a la moral de los contratos internacionales como la buena fe y lealtad negocial²⁷.

La buena fe, es uno de los tres principios que animan al contrato que podemos resaltar: el principio de la autonomía, el principio convencional que es el negocio propio y finalmente, la *bona fide*. Ella consagra la regla del respeto a lo pactado²⁸.

Así, la buena fe, dentro de nuestro código y dentro de los principios jurídicos internacionales²⁹, hace parte del régimen de los contratos internacionales; siendo garante al respeto del procedimiento contractual - fases precontractual, contractual y de ejecución- y además, regla de supervisión del comportamiento de las partes- *lealtad contractual*³⁰.-

DEL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE DERIVADO DE LA REGLA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Este segmento devela sistemáticamente, las prerrogativas que conlleva la elección de la ley aplicable dentro de un negocio jurídico de carácter internacional. La diferencia es evidente, pues la libertad de selección de un derecho en un contrato internacional es mucho más amplia que tratándose de un contrato meramente interno. La elección del derecho puede versar: sobre una **ley extranjera** distinta a la ley nacional de los contratantes; la elección puede recaer sobre una **convención internacional**, finalmente, la elección puede recaer sobre una norma internacional profesional, **uso y costumbres** propios de la *lex mercatoria*.

*** Ley extranjera.**

Tratándose de un contrato de carácter internacional las partes pueden escoger su relación contractual a una ley extranjera distinta de la ley nacional de los contratantes; así tratándose de una compraventa de oro, entre una sociedad ecuatoriana que por intermediación de una holding panameña, exporta a una sociedad de nacionalidad chilena, las partes pueden escoger que en caso de *differendum*, la ley aplicable será la ley del Canto de Zurich - Suiza, toda vez, que es ampliamente reputado Zurich, como un centro con tradición en la certificación de dicho *comoditie*. La apreciación de recurrir a dicha ley, podría basarse en la neutralidad de dicho derecho y prestigio de la referida plaza internacional.

*** Elección de un derecho convencional.**

Pero la búsqueda de la ley aplicable dentro del marco de las prerrogativas autonomista, derivadas de un contrato internacional, faculta a las partes, en poder escoger una fuente normativa convencional reconocida por los contratantes como sería el caso de la Convención de Viena, del 11 de abril de 1980³¹. Se trata de una norma convencional uniforme, que en una compraventa de trigo entre Canadá y China Popular, las partes contratantes fácilmente se someterían ella, pues sendos países son signatarios. La proclividad que las partes contratantes escojan la Convención de Viena, consiste en descartar y eliminar la elección entre dos leyes nacionales, en beneficio de una *normativa neutra* en el plano de los derechos de las partes contratantes³². De igual suerte, las partes en materia de transporte de mercadería internacional, transporte en donde el armador y embarcador escogen una Convención Uniforme, como la Convención de Bruselas del 25 de

la actividad internacional de la Empresa, ASADIP, 2017, p. 209.

²⁷ Loussouarn, Yvon: Rapport de Synthèse, La Bonne Foi, Journée Louisianaises, Litec, 1992, p.11.

²⁸ Romain, Jean François: Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé, Bruylant, 2000, p. 11.

²⁹ Artículo 17 (Buena Fe y Lealtad Negocial), Principios de UNIDROIT, 2004, p. 17.

³⁰ Tisseyre, Sandrine: Le Rôle de la Bonne Foi en Droit de Contrats, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 2012, p. 43.

³¹ Boutin, Gilberto: Actes du colloque sur la vente internationale, Wilson & Lafleur, Itée, 1989, p. 235.

³² Bianca, C.M. y Bonel, M.J.: Comentario on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention Edition Giuffrè- Milan, 1987, p. 15.

agosto de 1924 sobre el transporte de mercadería portando un Conocimiento de Embarque³³. En este sentido las partes obvian la aplicación de leyes nacionales *en pro*, de un instrumento internacional conocido por los agentes marítimos internacionales.

**La aplicación de una norma internacional no positiva.*

Dentro de las prerrogativas de la libertad de las partes es plausible que los contratantes puedan escoger **usos, costumbre y prácticas comerciales** integradas al contrato y que dicha incorporación las hace vinculante³⁴. Pero estos usos de comercio son tratados y conocidos entre profesionales del comercio que son reglas cognitivas, reiterativas y hacen parte de lo que la doctrina denomina *lex mercatoria*³⁵. Pero la sinuosidad de su evolución manifestada en todas las áreas, ha logrado que hoy en día se hable de la codificación de la *lex mercatoria*. Como medio normativo dentro de las relaciones de derecho transnacional comercial, que supla los vacíos de las debilidades de los derechos privados nacionales³⁶. Dentro de las variables de normas internacionales aplicables, el código de derecho internacional privado³⁷, le concede dentro de la codificación conflictual un espacio a los principios **de UNIDROIT**³⁸, como una especie de *regla híbrida y lingua franca*³⁹ en el dominio de los contratos internacionales. Se trata de reglas corporativas profesionales usualmente empleadas en el foro autonómico arbitral y ocasionalmente reconocidas por la Corte de Casación panameña⁴⁰. La codificación de norma de Unidroit⁴¹ deviene una forma regulatoria vinculante no por ley, sino por la voluntad de las partes inspiradas en una normativa no tradicional⁴².

SOBRE LA AUSENCIA DE ELECCIÓN EXPRESA POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

El código de derecho internacional privado, introduce ciertos criterios en caso de *ausencia de elección* del derecho aplicable o de la elección tacita del derecho⁴³ en un contrato internacional.

Se trata de la denominada búsqueda de la **localización objetiva** del derecho aplicable derivada de la anatomía contractual internacional⁴⁴. La búsqueda de la ley aplicable por el juez⁴⁵ va centrarse en las denominada *conexiones generales y conexiones particulares*.

³³ Boutin, Gilberto: Conflicto de leyes en Materia de Transporte Marítimo, Editorial Mizrahi & Pujol, 1993, p. 198.

³⁴ Boutin, Gilberto: Los Usos de Comercio Internacional, Imprenta Teremar, 1986, p. 32.

³⁵ Boutin, Gilberto: Lex Mercatoria: Fundamento y Apreciación en el Derecho Internacional Privado Panameño, Liber Amicorum Jürgen Samtleben Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo – Uruguay, 2002, p. 287.

³⁶ Berger Klaus, Peter: The Creeping Codification of Lex Mercatoria, Kluwer Law International, 1999, p.143.

³⁷ Artículo 79 del Código de Derecho Internacional Privado: “Las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional”.

³⁸ Berger Klaus, Peter: Op cit.

³⁹ Hinestrosa, Fernando: Los Principios de UNIDROIT: una nueva lingua franca, Los Principios de UNIDROIT. Un derecho común de los contratos para las Américas? UNIDROIT, 1996, p. 185.

⁴⁰ Boutin, Gilberto: Del Reconocimiento de la Lex Mercatoria en la Jurisprudencia Panameña, Edition Maître Boutin, 2003, p. 126.

⁴¹ Boyle, Alan; and Chinkin, Christine: The Making of International Law, Foundation of Public International Law 2017 p. 206.

⁴² Di Robilant, Annal: Genealogies of Soft Law The American Journal of Comparative Law, Vol. 54, 2006, p. 499.

⁴³ Lalive, Pierre: Les modes no formels d'expression de la volonté, Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz, 1968, p. 358.

⁴⁴ Artículo 69 Código de Derecho Internacional Privado: Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de esta, el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro.

⁴⁵ Mayer, Pierre. L'Office du juge dans le règlement des conflits de lois, Travaux du comité français de droit international privé, 1975-1977, p. 233.

*** Conexiones generales.**

A falta de una ley expresa determinada por las partes, se tendrá como ley aplicable la ley del lugar de ejecución o de perfeccionamiento de la obligación contractual. Se trata de la *ley del lugar donde se perfecciona la economía del contrato*. En su defecto, el juez aplicara *la ley del Estado que presente el vínculo mas estrecho con el contrato* internacional⁴⁶, solución que sigue el derecho moderno de los contratos, dejando la codificación panameña como última ratio la aplicación de la *lex fori* como fórmula unilateral y subsidiaria en la búsqueda de la ley aplicable.

*** Conexiones particulares.**

Pero subsisten fuera de las *conexiones generales, conexiones particulares* .que puedan orientar la proximidad del contrato a determinado orden legal, como lo son: *la nacionalidad* común, de las partes, pero domiciliados en países diferentes, *el idioma* en que fue redactado el contrato, aun cuando fuese redactada en el idioma inglés, que deviene hoy el latín contemporáneo, *la moneda* pactada, juega un papel capital que pueda justificar la intervención de un *derecho imperialista* o leyes de *policía* de aplicación *extraterritoriales*⁴⁷.

DOMINIO DE LA LEY APLICABLE EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UNIDAD Y PLURALIDAD DE LEYES.*** Del Principio de la Unidad del Alcance de la Ley Aplicable.**

En verdad, la ley aplicable tiene por objeto regular la formación y los efectos del contrato en el campo de las relaciones de derecho privado. De ahí la necesidad de distinguir las dos fases todo contrato.

FORMACIÓN DEL CONTRATO.

La ley aplicable a la formación del contrato va regular todo lo concerniente a la validez del mismo. Es decir, lo atinente al consentimiento de los contratantes que sea libre y espontáneo, siguiendo el reflejo de la tradición de la teoría de los contratos. De igual suerte, la legalidad de la causa y del objeto contractual. El régimen contractual general va imponer los fundamentos de legalidad.

Sin embargo, la concentración de la *lex contractus* sobre todos los elemento del contrato pueden escapar a ella.

La capacidad de los contratantes, se somete dentro de la tradición conflictual Iberoamericana y continentalista, a la ley personal del contratante, por ello la capacidad para contratar se subordina no a la *lex contractus*, sino a ley personal en lo que respecta a los derechos internacionales privado de Chile⁴⁸, Panamá⁴⁹, Francia⁵⁰. Para el derecho inglés esta asociada al contrato mismo y no al estatuto personal.

*** Efectos del Contrato.**

Los efectos connaturales de todo contrato sinalagmático, van a estar sometidos a la misma ley escogida por las partes como los son: la *fuerza obligatoria*, las *reglas de interpretación* del contrato, el *perfeccionamiento de la obligación*, si es una compraventa, la entrega; el *pago* de la cosa objeto del

⁴⁶ Estribi Juan Manuel: Artículo La dimensión práctica del artículo 69 en el código de derecho internacional privado, La Prensa "Opinión", 4 de julio de 2018.

⁴⁷ Blessing, Marc: Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Edition Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 67.

⁴⁸ Duncker Biggs, Federico: Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 1956, p. 16.

⁴⁹ Lombana, Eduardo: Curso de Derecho Internacional Privado, Impreso en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1998, p.23.

⁵⁰ Batiffol, Henri: Droit International Privé, LG.DJ., 1967, p. 95.

contrato; la acción directa contra la aseguradora dentro del régimen de responsabilidad contractual internacional, la noción de tercero vis a vis el contrato.

**Del dépeçage.*

DÉPEÇAGE COMO REGLA NATURAL DE DERECHO PRIVADO.

El *dépeçage* es un fenómeno connatural a la estructura divisible y funcional de todo contrato y cuya practicidad opera en distintos negocios⁵¹.

Y decimos que es connatural al contrato, pues dentro de su orbita pacífica toda convención se puede descomponer tanto en el derecho interno como en el derecho internacional privado en régimen de existencia y validez por una parte, y régimen aferente a los efectos de la convención.

En el plano extranacional o internacional tal como se desprende de la regla del código de derecho internacional privado, observa que la existencia o el valor ontológico formal y su validez se someten a la ley que regirá el contrato⁵².

Al mismo tiempo se observa que la nulidades contractuales pueden ser distinguida en nulidades de forma y nulidades de fondo, dentro de un contrato que sea censurado o impugnado su validez⁵³.

De la misma manera opera en la dualidad de la prescripción extintiva y adquisitiva. Sendas formas generadoras de extinción y conservación de un derecho responde a hipótesis distintas pero sendas están sujeta al tiempo que siendo un hecho modifica el derecho en su vigencia o en su extinción⁵⁴.

DEL DÉPEÇAGE EN LOS CONFLICTOS DE LEYES.

El principio lo recoge la regla de conflicto⁵⁵, al fijar que las partes gozan del poder de someter una misma relación jurídica a dos o mas leyes, siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico y la divisibilidad del derecho aplicables. Eso es característico en los contratos de administración de activos o fortuna⁵⁶.

La historia y aparición del *dépeçage* surge de la propia legislación pragmática panameña, así lo observamos en el régimen del fideicomiso internacional⁵⁷. A modo de ejemplo, el fideicomiso testamentario, puede someterse en el ejercicio y planificación patrimonial organizada por el testador, al derecho panameño en cuanto a la validez del fideicomiso testamentario, pero en cuanto a sus efectos, es decir a la administración y ejecución a la ley donde se encuentre el patrimonio. Un fideicomiso constituido en la jurisdicción panameña por un inversionista chileno, éste puede señalar que se constituye dicho instrumento de protección según el derecho panameño, pero la transferencia y administración de dichos activos situados en Ginebra se sometan a la ley del cantón de Ginebra.

⁵¹ Sarriá, Ruby: El Dépeçage ou convergencia de leyes en los negocios jurídicos de derecho internacional privado, Tesis de Grado Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2013, p. 97.

⁵² Artículo 71 Código de Derecho Internacional Privado: La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones se regirán por el derecho aplicable al contrato. Sin embargo, el consentimiento de cada una de las partes estará sujeto a la ley de su respectivo estatuto personal.

⁵³ Artículo 75 Código de Derecho Internacional Privado: La nulidad de los contratos en cuanto a su forma se rige por la ley que gobierna la forma de estos. La nulidad que afecta la parte sustantiva del contrato se rige por la ley aplicable al contrato conforme a lo que dispone el artículo 69.

⁵⁴ Artículo 74 Código de Derecho Internacional Privado: La prescripción extintiva o adquisitiva se rige por la ley que regula la relación obligacional objeto de prescripción.

⁵⁵ Artículo 70 del Código Derecho Internacional Privado: Las partes en una relación contractual pueden someter el contrato a dos o más leyes siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable si esta impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes.

⁵⁶ Boutin, Gilberto: La Fundación de interés privado y comparado, Mizrachi & Pujol, 1993, p. 112.

⁵⁷ Ley 1 del 5 de enero de 1984.

De igual manera, podemos trazar la misma acumulación distributiva divisible en las fundaciones de interés privado con patrimonio internacionalizado⁵⁸, y de igual suerte en el proyecto de Convención Centroamericana relativa a la ley sobre hipoteca de inmueble produciendo efectos extraterritoriales entre los distintos Estados signatarios.

El *dépeçage*, fue en principio también recogido, en la extinta convención de México de 1984, relativa al derecho aplicable a los contratos internacionales⁵⁹.

Este principio arroja una importancia vital para, los jusprivatistas expertos en derecho comparado a efecto de que los contratantes puedan adecuar sus contratos a las mejores, flexibles, y pertinentes leyes aplicables.

II. Sobre el derecho aplicable en los contratos internacionales entre desiguales, en el nuevo código de derecho internacional privado.

Hablar de los *contratos entre desiguales* en el plano del derecho internacional privado, evoca directamente a los *contratos asimétricos*, en donde el principio de igualdad de las partes es prácticamente inexistente en virtud de la superioridad económica o jurídica de una de ellas, que impone unilateralmente las condiciones generales en el contrato.

Es en la segunda mitad del **siglo XIX**, se origina y despierta la inquietud de la búsqueda y determinación del *equilibrio contractual* en las relaciones de derecho internacional privado. Es con la promulgación en los Estados Unidos, del Harter Act el 13 de febrero de 1896, que introduce la responsabilidad del naviero o porteador en el plano del transporte internacional, vis a vis del embarcador⁶⁰ extinguiéndose entonces, *la exclusión de responsabilidad de los armadores en el plano del transporte internacional de mercadería*, al introducirse posteriormente, el contrato tipo Bill of lading que va a transformarse en la Convención de Bruselle de 1924. Transporte de mercadería internacional que introduce reglas de orden público convencional en el dominio marítimo⁶¹.

Marcada la sociedad del siglo XX por la colectivización social y standardización de la vida moderna, da lugar a la elaboración de los *contratos de adhesión*⁶² contratos caracterizados por la falta de debate o negociación entre las partes en donde la parte mas fuerte impone sus condiciones⁶³.

La nueva era de la contratación moderna, va a estar caracterizada por el desequilibrio de los contratantes, reaccionando el derecho interno e internacional privado frente a este modelo contractual, tal fenómeno en la contratación va a motivar al juez en recurrir a la equidad reguladora de los contratos, fuente al abuso del principio de libertad contractual dentro de los contratos asimétrico o entre desiguales⁶⁴.

De igualmente surge la técnica contractual compleja como son los contratos financieros y de administración de fortuna – fideicomiso⁶⁵- en donde la parte mejor informada en el sector

⁵⁸ Boutin, Gilberto: La fundación de interés privado en el derecho panameño y comparado, Editorial Mizrachi Pujol, 2002, p. 44.

⁵⁹ Boutin, Gilberto: Droit International Privé Conventionnel en Amérique Latine, CIDIP, Convención de Mexico de 1994, artículo 8, Edition Maitre Boutin, 2010, p. 354.

⁶⁰ Georges, Ripert: Droit Maritime, Dalloz, 1948, p. 74.

⁶¹ Artículo 2 de la Convención de Bruselas de 1924.

⁶² Raymond, Saleille: De la déclaration de volonté, contribution à l' étude de l' acte juridique dans le code civil allemand, Paris 1901, nouveau tirage, L.G.D.J., 1929, p. 219.

⁶³ Boutin, Gilberto: La parte más débil en los contratos privados internacionales, Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá., 1998, p. 261.

⁶⁴ Berlioz, George: Le contrat d'adhésion, L.G.D.J., 1976, p. 82.

⁶⁵ Ley 1 del 5 de enero de 1984 sobre Régimen del Fideicomiso Panameño.

bancario goza de una superioridad en el mundo de la especulación reaccionando la protección al usuario bancario en una dimensión especial⁶⁶.

a. El derecho aplicable a los contratos de los consumidores.

Desde las últimas cinco décadas la desigualdad económicas entre en el sector de la producción y el de la consumación no ha hecho que agravar el desarrollo de la publicidad, la proliferación de los créditos al consumo, la diversificación y extensión considerable de los contratos en donde se encuentra atrapado el nuevo sujeto del mercado que es el consumidor⁶⁷.

Tres aspectos fundamentales a destacar en los contratos del consumidor que son parte del tratamiento especial de los contratos del consumidor internacional. En primer lugar, la restricción a la autonomía de la voluntad y al principio los contratos tienen fuerza de ley⁶⁸, que se traduce en la nulidad como sanción, de toda renuncia a los derecho del consumidor en los contratos de adhesión⁶⁹.

La estructura conflictual introducida en el nuevo código de derecho internacional privado, parte del supuesto, que el consumidor *es la parte más débil* en los negocios jurídicos internacionales, *flexibiliza* los criterios de conexión de acceso a la justicia privada internacional a elección del consumidor. Es decir, la *parte mas débil*, podrá acudir al foro de su domicilio para la reclamación de cualquier derecho derivado de una transacción de bienes o servicios finales, a la ley de conclusión del contrato o finalmente, a la ley que le sea más favorable, *en virtud del principio del interés superior del consumidor*.

El esquema conflictual anterior, permite la conexión en cascada o alterna entre, el foro domiciliario, *forum rei* o bien, el foro del lugar de conclusión. Sin embargo la protección se extiende a construir un *forum shopping* en virtud del principio del interés superior, contenido en el parágrafo final de la regla de conflicto⁷⁰.

La pluralidad de foros del cual dispone el consumidor, sumado a la interpretación y regla del *interés superior del consumidor*, pretende reasegurar los derechos del consumidor y reequilibrar al menos, formalmente, un abanico de opciones para el consumidor en el plano extraterritorial, frente a eventuales conflictos del cual esta expuesto el consumidor en el caso en particular de vicios ocultos o mercadería que adquiera a través de intermediarios, el de poder acudir dentro de esta línea conflictual prevista hasta la propia sede social del fabricante⁷¹ que responda dependiendo del valor del objeto en litigio, con el único fin de garantizar la reparación beneficio del consumidor.

b. Derecho aplicable al contrato de trabajo.

La mundialización o globalización no solo se produce en el área del comercio internacional, las megas corporaciones o multinacionales, son el vehículo eficaz para la transferencia de tecnología e inversión desde países del hemisferio norte, hacia países situados en el hemisferio Sur⁷²; dicho fenómeno va ligado al hecho conocido de expatriación de trabajadores, ejecutivos o gerentes de compañías a distintos países y hace compleja por esta vía la noción de empleador

⁶⁶ Molina, Jorge: La protección a los usuarios de servicio bancario, Revista Lex del Colegio Nacional de Abogado, Mizrachí & Pujol, 2000, p.13.

⁶⁷ Imhoff-Scheier, Anne Cathérine: Protection du consommateur et contrats internationaux, GEORG Librairie de l' Université, 1981, p.11.

⁶⁸ Ley N° 45 de 31 de octubre de 2007, relativo a las normas de protección del consumidor y defensa de la competencia.

⁶⁹ Camargo, Luis: Derecho Procesal de los Consumidores, Primera Edición, Panamá, 2009, p. 1.

⁷⁰ Camargo, Luis: Temas Actuales del Derecho de Consumo, Panamá, 2013, p. 11.

⁷¹ Boutin, Gilberto: Les droit des sociétés offshore panaméennes et les conflits de lois, Saint Imier, Suisse, 2006, p.30.

⁷² Hernando, Franco: La ley aplicable a las multinacionales, Trabajo de Graduación, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 1988, p.127.

tradicionalmente conocida⁷³. Pero de igual suerte, las fases de integración regional son una replica de la mundialización que inciden en la vida profesional, así en la Comunidad Económica, Europea, el Pacto Andino, el tratado del Mercosur, son signos de la diversidad de sistemas, que en un momento dado puede tropezar o confrontar con una organización social de trabajadores mejor denominado sindicato. Tal sería el ejemplo, de las convenciones colectivas con fuerza extraterritorial, fenómeno vivido sobre todo en economías homogéneas como la de los países escandinavos.

Veamos una hipótesis en el mundo del espacio de la Unión Europea, un visitador médico representa una casa francesa, y cuyo mercado laboral comprende los países del Benelux, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, la nacionalidad de dicho profesional es portuguesa, el fue contratado en Holanda y despedido en Bruselas. Cual es la ley aplicable a la relación jurídica extraterritorial, En tal hipótesis podría ser la ley del lugar de conclusión del contrato, que tuvo lugar en Ámsterdam, Holanda, pero resulta ser que el despido fue notificado en Bruselas por una filial que no lo contrato, la cuestión a preguntarse, cual es la ley que gobierna la terminación laboral y ello es así pues, la filial de dicha casa farmacéutica fue cerrada en Holanda. Frente a tal inconsistencia, la aplicación clara será la aplicación de **la sede social**⁷⁴, sede que representa al deudor de la relación extraterritorial como constante frente al trabajador itinerante en diversas jurisdicciones.

- CRITERIOS CONFLICTUALES: INDIVIDUAL Y COLECTIVO.

En el derecho internacional privado laboral, la regla de oro es que toda relación jurídica de trabajo de carácter internacional la ley aplicable es la ley del lugar de ejecución⁷⁵.

La *lex executioni*, es la ley natural del contrato de trabajo, o sea, la ley del lugar en donde se perfecciona la prestación laboral. E l lugar de la prestación deviene el punto vital para la aplicación del derecho laboral previsto en el inciso 89 del código de derecho internacional privado. Sin embargo, la expatriación temporal individual, se somete a la *lex contractus*, pues da la certeza de los derechos y obligaciones pactado entre el trabajador expatriado y el empleador que consagra parte de su actividad al mundo *overseas o internacional*. La *lex contractus* es viable sobre todo para los nacionales que al desplazarse el derecho extranjero es menos protector que el derecho panameño. Cuando se trate de una expatriación de larga duración es decir, más de seis meses se aplicara la ley secundaria extranjera. **Y** finalmente, la diversidad espacial en una relación jurídica laboral evoca el principio anteriormente expuesto el del domicilio del empleado siendo persona natural o el de la sede social tratándose de persona jurídica.

*RELACIÓN CONVENCIONAL LABORAL.

En las relaciones de trabajo de naturaleza colectiva, el método conflictual su *approach* es mucho mas claro. La convención colectiva como fuente de derecho interno pero con una proyección que rebasa la fronteras nacionales y los actores sindicato y empresa son ambos de naturaleza

⁷³ Vaccarie, Isabelle: L'Employeur, Edition Sirey, 1979, p. 265.

⁷⁴ Vaccarie, Isabelle: Op cit, p. 8.

⁷⁵ Artículo 89 Código de Derecho Internacional Privado: La ley aplicable a las relaciones individuales de trabajo se regirá por las reglas siguientes: (1). Cuando la relación laboral individual se desarrolla de forma fija, se someterá a la ley de ejecución del contrato de trabajo. (2). Cuando la relación laboral individual se desarrolla temporalmente en el extranjero, regirá la ley de origen de la relación laboral. (3). Cuando se trate de un destino en el extranjero de larga duración, se aplicará la ley del nuevo lugar de ejecución del contrato de trabajo, salvo que se trate de altos técnicos o directivos, caso en el cual se le seguirá aplicando la ley de origen o la pactada por las partes. (4). Cuando se trate de destinos múltiples en el extranjero, se aplicará la ley del domicilio principal de la empresa contratante o de la sucursal donde se contrata y dirige al trabajador, a elección de este. En todo caso que sea aplicable una ley extranjera a la relación de trabajo, el tribunal podrá declarar aplicables normas sustantivas del ordenamiento nacional, si considera que tales normas son de orden público, o de protección a grupos de trabajadores más vulnerables, siempre que se demuestre que ello servirá al interés de la justicia.

multinacional⁷⁶ la fuente normativa y reglamentaria descansa en *el principio de igualdad* de las fuerzas negociadoras- sindicato multinacional y empresa multinacional-.

Así, dado lo anterior, la regla de conflicto propuesta por el código de derecho internacional privado, en el dominio de convenios colectivos⁷⁷, se descompone en: regla *de la autonomía de la voluntad* por una parte y en segundo lugar, en *la ley del lugar de ejecución*.

La construcción de la presente regla de conflicto retiene la regla de la autonomía de la voluntad de las partes dentro de las ciencias sociales que siempre esta impregnado de dirigismo Estatal.

El principio de la autonomía es válido y vigente en las relaciones colectivas, pues se parte de la presunción que los sindicatos y el empresario negocian en pie de igualdad de fuerza no así en las relaciones meramente individuales. En el espacio comunitario, en el espacio de sindicalismo internacional cuya reglamentación se extiende a los trabajadores amparado por dichas normas dentro de un grupo corporativo (La empresa multinacional)⁷⁸.

En otras palabras toda convención colectiva es transaccional y reglamentaria, cuya técnica apunta fijar una *paz colectiva* mediante una duración mínima de cinco años, regla esta de corte material interno variable.

Sin embargo, subsiste una deficiencia en la construcción conflictual, pues, observa el artículo comentado, que a modo subsidiario se aplicara la ley de ejecución.

En esta ocasión, la ley mas adecuada a una convención colectiva de carácter internacional es el criterio de la sede social del grupo de empresas o filiales repartidas en diferentes jurisdicciones, pues la ley del lugar de ejecución no obedece a una verdadera cohesión normativa con esquema multinacional de filiales y con núcleo central en un determinado país como sería la vinculación de la sede social como norma supletoria a la regla de la autonomía de la voluntad de las parte en un convenio colectivo.

- EL FORO JURISDICCIONAL LABORAL.

Los conflictos de jurisdicción tienen lugar cuando una relación laboral es de derecho internacional privado. No habría conflicto de jurisdicción si la misma no esta enmarcada en una relación conflictual⁷⁹. En otro términos, subsiste una interdependencia entre conflicto de leyes y conflicto de jurisdicción en todo análisis, aun cuando todo se inicie a través de la selección de la jurisdicción competente en el plano internacional.

La regla de competencia judicial es clara, los tribunales laborales serán competentes en virtud que la ejecución del contrato se perfeccione su ejecución en Panamá, o bien, si se trata de un contrato concluido en Panamá, para expatriar un panameño a laborar en otra jurisdicción. Ahora bien, la norma jurisdiccional sería la correcta en caso que el foro extranjero, la protección social o económica fuese inferior a los derechos previstos en la legislación material laboral panameña. Pero el trabajador, siempre podrá acceder al foro de mayor ventaja en virtud del principio congénito al derecho del trabajo *in dubio pro operario*, que fue derogado en la reforma, pero dicha regla se mantiene incólume en materia de interpretación⁸⁰.

⁷⁶ Rodière, Pierre: La convention collective de travail en droit international, Edition Litec, p.164.

⁷⁷ Artículo 87 Código de Derecho Internacional Privado: Las convenciones colectivas internacionales se regirán por las cláusulas convenidas entre las organizaciones sindicales y el empleador o, en su defecto, por la ley del lugar de ejecución.

⁷⁸ Rodière, Pierre: Op cit, p. 234.

⁷⁹ Coursier, Philippe: Le conflit de lois en matière de contrat de travail, L.G.D.J., 1993, p. 15.

⁸⁰ Artículo 86 Código de Derecho Internacional Privado: Los tribunales panameños serán competentes privativamente en materia de contratos laborales individuales e internacionales: (1). Cuando la prestación del servicio tenga lugar en la República de Panamá, sea que la contratación se origine en el territorio nacional o en el extranjero, o que la ejecución de los contratos se inicie en el territorio nacional, aun cuando se continúe en otros territorios. (2). Cuando el trabajador nacional se contrate en la República de Panamá para ejecutar su trabajo en otro país. (3). Cuando las partes lo determinen en el contrato, al menos una de ellas sea nacional y exista además algún elemento de conexión con el territorio nacional.

En suma, el foro panameño será excluido cuando la relación laboral se someta a dos leyes y a la ley del lugar sea distinta a la *lex contractus* o bien, cuando el derecho territorial de dicha norma le permite al trabajador panameño escoger libremente otra jurisdicción.

c. Derecho aplicable a los contratos de representación y franquicia internacional.

La autonomía jurídica del agente comercial o del representante comercial, hace presumir una igualdad entre las partes, ellas, las partes, convienen en la duración de la relación y trazar las causales de rompimiento particularmente por culpa grave imputable al profesional. Sin embargo, no siempre están claras las condiciones de notificación, preaviso e indemnización en caso de ruptura abusiva⁸¹. Es por lo anteriormente argumentado, que el codificador consideró, que los contratos de representación internacional y de franquicia internacional son contratos que entran en la condición de relaciones entre *desiguales o asimétricas*, sumado al hecho de la derogatoria de la exclusividad en la jurisdicción panameña a finales de la década de los 70, en materia de representación, agencia y distribución comercial internacional⁸².

La ruptura abusiva en los contratos de colaboración son tan frecuentes frente al concesionario y franquizado⁸³, que el código en el intento de reestablecer un contra peso entre las partes, introduce la regla de conflicto siguiendo el modelo francés, fijando salomónicamente, que la regla aplicable en dichos contratos es la autonomía de la voluntad de las partes en lo referente a la ley aplicable como a los tribunales institucionales *o ad hoc*, salvo, en lo concerniente a la demanda de indemnización por ruptura abusiva⁸⁴ concediéndole competencia en esta hipótesis a la ley del lugar de ejecución del contrato de representación o franquicia.

** Límites a la autonomía de la voluntad.*

Los límites a la autonomía de la voluntad de las partes puede ser clasificados a título de *lege ferenda: naturales, institucionales y políticos*, en virtud de los criterios normativos de cada sistema de solución de conflicto.

- **Naturales.** Los *bienes inmuebles*, se someten a la ley de la situación – *lex rei sitae*⁸⁵-. Se trata de una localización objetiva, en donde las normas territoriales son de la esencia. Es viable la combinación de normas contractuales que concedan la participación de la libertad contractual a modo de ejemplo. El contrato de préstamo hipotecario, sobre bienes inmuebles situados en Panamá, y medie una cláusula que el pago de la hipoteca se hará al banco de La Florida. Pero el gravamen real que pesa sobre el bien raíces es eminentemente territorial⁸⁶.
- **Institucional.** La prohibición de testar *mancomunadamente*⁸⁷ es un principio heredado de la codificación francesa que consagra el principio individualista del de *cujus disponer* de forma individualizada de su patrimonio, en contraste con la cultura jurídica de la *comon law*, que preserva, los testamentos mancomunados, remembranza medieval. La restricción constitucional sobre límites de las obligaciones civiles a un máximo de cuarenta años⁸⁸.

Los pactos sobre solución alternativa de conflictos laborales serán aceptados por el juez, siempre que no impliquen una solución que permita la renuncia de derechos ciertos, reconocidos por la ley aplicable, del trabajador.

⁸¹ Theux de, Axe: Le Statut européen de l'agent commercial, Publications des Facultés universitaires, Saint Louis, Bruxelles, 1992, p. 45.

⁸² Amat, Octavio: Los Contratos de Representación, Agencia y Distribución, Panamá, 1977, p. 131.

⁸³ Leloup, Jean Marie: La Franchise droit et pratique, Edition Delmas, 1991, p. 31.

⁸⁴ Guyenot, Jean: V.R.P. et Agents Commerciaux, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1975, p. 45.

⁸⁵ Albonico Valenzuela, Fernando: Derecho Internacional Privado Chileno, Artículo 16 c.c., Editorial Jurídico de Chile, 1958, p. 65.

⁸⁶ Boutin Granum, Ana Lorena: La hipoteca sobre bien inmueble en el derecho internacional privado, 2016, p. 172.

⁸⁷ Artículo 701 C.C.

⁸⁸ Artículo 292 C.N.

Siendo ambas normas un reflejo de lo que hoy se denomina el *constitucionalismo del derecho privado*.

- **Políticas.** Se descompone en dos dentro de la técnica conflictualista tradicional en: ley de policía o leyes de aplicación inmediata y el orden público internacional. Las leyes de policía son normas imperativas de forzoso acatamiento, que inhiben el concurso de las reglas de conflicto dentro del marco de un negocio jurídico internacional, a guisa de ejemplo; la normas del código de trabajo⁸⁹ las normas territoriales del código penal⁹⁰, las normas y principios tributarios⁹¹, las normas concernientes a la publicidad y organización de la propiedad privada⁹². En suma, las normas en donde el Estado se ve obligado a imponer formas y conductas al individuo como un mínimo.

El orden público internacional, es la autodefensa que tiene todo ordenamiento judicial para rechazar la aplicación de unas normas extranjeras o convenio internacional cuya aplicación en el ordenamiento jurídico del foro, conculcaría principios fundamentales de su sistema⁹³. Así, la exclusión de un hijo adoptivo en una sucesión sobre bienes del de *cujus*, de nacionalidad alemana, si bien es cierto, la calidad de heredero la determina el estatuto personal del difunto, su exclusión en calidad de heredero dentro de un proceso sucesión intestada en Panamá, viola el principio fundamental de la igualdad filial en el derecho constitucional patrio.

Orden público internacional y contratos internacionales. La libertad no es absoluta. El orden público internacional, se puede manifestar en las reglas de protección de los incapaces que celebren contratos internacionales – sordomudos - en donde dicha incapacidad se eleva como una nulidad absoluta, que entra en la noción de orden público internacional. En el régimen de los contratos internacionales, el orden público internacional se manifiesta en el control sobre el objeto contractual⁹⁴, no recaiga sobre cosas fuera del comercio, sería el caso de una exportación de patrimonio cultural chileno al Canadá. Dicho contrato su objeto repugna al orden público internacional, pues su objeto atenta contra el orden público del foro en donde se discute su legalidad. De igual suerte, la ausencia de causa o una causa ilícita, contraviene el orden público internacional en el derecho de los contratos internacionales. La venta de órganos de internos en las prisiones del extremo oriente no puede ser calificado como una prestación atenuante de la libertad.

- **Derechos humanos.** El Pacto de San José, de 1966, introduce en el hemisferio americano un elemento innovador que son los principios y derechos humanos integrados al derecho positivo de los Estados signatarios. Tales derechos humanos pueden ser invocados en todo proceso contencioso, cuando los derechos subjetivos se ven lesionados y los mismos se ven amparados en la Convención Americana⁹⁵. Los derechos humanos y los derechos fundamentales, en principio se armonizan entre si. El límite a la aplicación de los derechos humanos, se encuentra en las reglas del principio de identidad constitucional de todo Estado.

⁸⁹ Artículo 2 C.T.

⁹⁰ Artículo 7 C.P.

⁹¹ Artículo 1 del Decreto 60 de 28 de junio de 1965.

⁹² Artículo 1753 C.C.

⁹³ Boutin, Gilberto: Noción de orden público en el derecho internacional privado, Tribuna Forense, Revista de la Academia Panameña de Derecho, 2001, p. 40.

⁹⁴ Malaurie, Philippe: L'ordre public et le contrat, Editions Matot -Braine, Reims, 1953, p. 175.

⁹⁵ Affaire Baena Ricardo y otros Vs República de Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

REENVÍO Y REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ*

RESUMEN

El Reglamento sucesorio europeo recoge y admite el reenvío como un expediente para lograr una armonía de soluciones entre distintas jurisdicciones. El objetivo es que los particulares puedan prever con anticipación cuál es la Ley aplicable a una sucesión mortis causa con independencia del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. El reenvío, justamente reducido a este fin, sobrevive en el Reglamento sucesorio europeo. El reenvío es inmortal.

Palabras clave: reenvío, sucesión, regulación.

ABSTRACT

The European Succession Regulation admits renvoi as a tool to achieve a uniform solutions between different jurisdictions. The aim of renvoi is to allow can anticipate to know which is the law governing succession regardless of the State whose courts can hear the case. Renvoi, fairly confined to this objective, survives once again in the European inheritance Regulation. Renvoi is immortal.

Key words: renvoi, succession, regulation.

I. Introducción. El sistema conflictual del Reglamento sucesorio europeo

El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, conocido como “Reglamento sucesorio europeo”, constituye la norma central del Derecho internacional privado de la Unión Europea en la regulación de las sucesiones internacionales o transfronterizas¹. Superados los trámites legislativos necesarios, recogidos de modo exacto e ilustrativo por S. MARINO, el 4 de julio de 2012 se aprobó finalmente dicho Reglamento y fue publicado en el DOUE L 201 de 27 julio 2012². El Reglamento 650/2012 constituye el texto de DIPr. europeo más extenso de todos los elaborados por la UE (= ochenta y tres “considerandos” y 84 artículos). Ningún otro texto legal relativo a las sucesiones *mortis causa*, explica A. BONOMI, ya sea de fuente interna o internacional, presenta un grado de complejidad técnica tan elevado como el que muestra el Reglamento sucesorio europeo³. Sobre este Reglamento sucesorio europeo la bibliografía es ya totalmente inabarcable, tanto en lo que se refiere a estudios generales de dicho texto legal como al análisis de cuestiones particulares sucesorias en dicho instrumento jurídico⁴.

* *Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.*

¹ Texto oficial en DOUE L 201 de 27 julio 2012.

² S. Marino, “La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni”, RDI, 2010, pp. 463-470.

³ A. Bonomi, “Il regolamento europeo sulle successioni”, RDIPP, 2013, pp. 293-324; A. Bonomi / P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 40-41.

⁴ A.-L. Calvo Caravaca / A. Davì / H.-P. Mansel (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge,

Cambridge University Press, 2016; R. Clerici, "Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über erbrechtliche Regelungen: einige allgemeine Überlegungen", *Jahrbuch für italienisches Recht*, 28, 2016, pp. 33-48; D. Damascelli, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n. 218/1995 al reg. UE n. 650/2012)*, Milano, Giuffrè, 2013; A. Davi / A. Zanobetti, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *CDT*, vol. 5-II, 2013, pp. 5-139; A. Deixler-Hübner / M. Schauer, *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2015; A. Devaux, "The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?", accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663; Directorate General for Internal Policies, Policy Department Citizen's Rights and Constitutional affairs, *Regulation (EC) n. 650/2012 of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, Note, 2012; S. Dornhegge, *Die erbrechtliche Nachfolge in Personengesellschaftsanteile im internationalen Privatrecht*, Hamburg, Kovač, 2012; C. Döbereiner y otros, *Europäische Erbrechtsverordnung: Kommentar zur Verordnung (EU) Nr. 650/2012 (EuErbVO)*, München, C.H. Beck, 2016; H. Dörner, "EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erbrecht und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 505-513; A. Dutta, "Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen", *IPRax*, 2015-1, pp. 32-39; A. Dutta, "Das neue internationale Erbrecht des Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung", *FamRZ*, 2013-1, pp. 4-15; A. Dutta / S. Herrler (Hrsg.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg*, München, Beck, 2014; A. Dutta / J. Weber (Hrsg.), *Internationales Erbrecht: EuErbVO, erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, München, C.H. Beck, 2016; A. Fernández-Tresguerres, *Las sucesiones „mortis causa“ en Europa. Estudio del Reglamento UE nº 650/2012*, Aranzadi, Pamplona, 2016; A. Fernández Tresguerres, "Reglamento 650/2012, relativo a sucesiones internacionales y tributación", *Escritura pública*, agosto 2015, p. 38; L. Garb / J.C. Wood (Eds.), *International succession*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015; W. Gierl et al., *Internationales Erbrecht: EU-ErbVO, IntErbRV G, DurchfVO*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, Manz, 2017; W. Gierl / A. Köhler / L. Kroiß, *Internationales Erbrecht: EuErbVO, IntErbRVG*, Baden-Baden, Nomos, 2015; M. Ginebra Molins / J. Tarabal Bosch, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016; M. Greeske, *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main, Bern, Wien, PL Acad. Research, 2014; J.M. Fontanellas Morell, "«El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones», Aspectos de Derecho internacional privado", *REDI*, 2013, vol. 65, pp. 284-290; P. Franzina / A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013; S. Godechot-Patris, "Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes...", *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2462-2469; J. Hager (Hrsg.), *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2013; I. Heredia Cervantes, "El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones", *La Ley*, año XXXIII, número 7933, 28 septiembre 2012, pp. 1-4; U. Janzen, "Die EU-Erbrechtsverordnung", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2012, pp. 484-493; C. Jiménez Gallego, *El reglamento sucesorio europeo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2016; Ch. Kern / D. Glüker, "«Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur»", *RabelsZ*, 2014-1, pp. 294-314; G. Khairallah / M. Revillard (Dir.), *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013; L. Kunz, "Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil I)", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 4, pp. 208-218; L. Kunz, "Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil II)", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 5, pp. 253-257; R. Lafuente Sánchez, "«Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales»", *CDT*, 2013-II, pp. 350-370; P. Lagarde, "«Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions»", *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. Lagarde, "«Présentation du règlement sur les successions»", en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16; M. Leitzen, "«EuErbVO: Praxisfragen an der Schnittstelle zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht»", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 520-524; M. Löhnig / D. Schwab / D. Henrich (Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, Gieseking, 2014; C.M.G. de Melo Marinho, *Sucessões europeias: o novo regime sucessório europeu*, Lisboa, *Quid Juris*, 2015; R.M. Moura Ramos, "«Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne: premières réflexions»", en B. Cortese (Ed.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 205-235; J. Müller-Lukoschek, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung: Einführung in die neue Rechtslage*, Bonn, Zerb-Verl., 2ª ed., Dt. Notarverl., 2015; I. Németh, "«The successions in Europe: a contribution to the classification and unification of the succession systems in Europe»", *ELTE Law Journal*, 2, 2015, pp. 109-126; C.F. Nordmeier, "«Erbrecht»", en M. Weller (Hrsg.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 299-324; H.P. Pamboukis (Ed.), *EU Succession Regulation Nº 650/2012: a commentary*, Athens, Nomiki Bibliothiki, München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2017; D.J. Piltz / E. Cornelius, *Der Internationale Erbfall: Erbrecht, Internationales Privatrecht, Erbschaftsteuerrecht*, 3ª ed., München, Beck, 2017; J. Reiß, *Internationales Erbrecht Italien (deutsch-italienische Erbfälle)*, 3ª ed., München, Beck, 2014; G.P. Romano, "«Remarks on the impact of the Regulation no. 650/2012 on the Swiss-EU successions»", *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016, pp. 253-289; P. Rodríguez Mateos, "«La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea»", *REEL*, 2014, pp. 1-59; J.S. Rodríguez Sánchez, *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Cuadernos de Derecho Registral, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013; I. Rodríguez-Uría Suárez, "«La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012»", *Indret*, 2/2013, www.indret.com, abril 2013; U. Simon / M. Buschbaum, "«Die neue EU-Erbrechtsverordnung»", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, núm. 8, pp. 2393-2398; N. Torfs / E. van Soest, "«Le règlement européen concernant les successions: D.I.P., reconnaissance et certificat successoral»", en A.-L. Verbeke y otros (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law: Liber amicorum Walter Pintens*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 1443-1458; P.W.

El Reglamento sucesorio europeo contiene dos normas de conflicto cuya finalidad radica en determinar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* (arts. 21 y 22 RES). La precisión europea de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* a través de “normas armonizadas en materia de conflicto de leyes” (Cons. [37] RES) (= esto es, mediante normas de conflicto únicas y uniformes válidas y aplicables en los Estados miembros que participan en el Reglamento sucesorio europeo), comporta ventajas indudables.

En primer lugar, estas normas de conflicto europeas uniformes sobre Ley aplicable a la sucesión permiten, como indica A. RODRIGUEZ BENOT, que el causante pueda circular libremente por toda la UE sin que la Ley aplicable a su sucesión cambie de Estado miembro a Estado miembro. En efecto, el causante podrá planificar su sucesión *mortis causa* con plena certeza, pues gracias a estas normas de conflicto europeas, dicho causante conoce en todo momento “cuál será la legislación aplicable a su sucesión” (Cons. [37] RES)⁵. El “cruce de frontera” de Estado miembro a Estado miembro por parte del causante no alterará la Ley estatal aplicable a su sucesión.

En segundo término, con este sistema conflictual europeo, litigar en un Estado miembro o en otro Estado miembro no provoca un cambio en la identificación de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*. En efecto, todo tribunal de todo Estado miembro en el Reglamento sucesorio europeo aplicará las mismas normas de conflicto para precisar la Ley aplicable a la sucesión, las normas de conflicto europeas recogidas en el Reglamento sucesorio europeo. Carece de sentido provocar el inicio de un proceso sucesorio en un Estado miembro participante en el Reglamento sucesorio europeo con el objetivo de lograr la aplicación de una Ley sustantiva distinta a la que resultaría aplicable por tribunales de otro Estado miembro también participante en el Reglamento. Ambos aplicarán la misma Ley sustantiva a la sucesión *mortis causa* de que se trate.

En tercer lugar, al unificarse a nivel europeo las normas de conflicto sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, la respuesta legal a una cuestión material o sustantiva de carácter sucesorio, no dependerá de cuál sea el Estado miembro cuyos tribunales o autoridades públicas conocen del asunto (Cons. [37] RES).

Las normas de conflicto de leyes sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* contenidas en el Reglamento sucesorio europeo son normas que no conceden un “margen de apreciación creativo” al operador jurídico en general y al juzgador en particular. En efecto, por contraposición al sistema conflictual anglosajón, las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo no permiten al aplicador del Derecho determinar, por él mismo, la “Ley del país más estrechamente vinculado con la sucesión” mediante una valoración *in casu* de las circunstancias y vinculaciones espaciales del supuesto con distintos Estados.

En este sentido, las conexiones recogidas en los arts. 21 y 22 RES son “conexiones rígidas” (= la “residencia habitual” y la “nacionalidad del causante”), aunque siempre existe un cierto espacio interpretativo de ambos conceptos para el operador jurídico. Ahora bien, una cosa es que tales conceptos sean más o menos flexibles y exijan una interpretación creativa por

Vollmer, “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick”, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2012, n. 9, pp. 227-234; B. Walther, *Der Gleichlaufgrundsatz - Abkehr oder Rückkehr? Eine kritische Auseinandersetzung mit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren aus deutscher und europäischer Sicht*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2013; F.M. Wilke, “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, núm. 9, pp. 601-609; H. Wilsch, “EuErbVO: Die Verordnung in der deutschen Grundbuchpraxis”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n.º 10, pp. 530-534; M. Zaluki, “New revolutionary European Regulation on succession matters: key issues and doubts”, *Revista de Derecho Civil*, vol.3, n.º1, 2016, pp. 165-176; A. Zanobetti Pagnetti / A. Davì, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014; Vid. número especial de *Contratto e impresa Europa*, 2015-2, “Il certificato successorio europeo”, pp. 405-478.

⁵ A. Rodríguez Benot, “La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio”, en B. Campuzano Díaz, M. Di Filippo, A. Rodríguez Benot y M.ª A. Rodríguez Vázquez, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2008, pp. 121-150.

parte del juzgador y aplicador del Derecho (= algo que es perfectamente aceptable en la implementación aplicativa del Reglamento sucesorio europeo) y otra cosa muy distinta es que el Reglamento permita o exija al operador jurídico precisar cual es el país con el que la sucesión *mortis causa* presenta los “vínculos más estrechos” (= algo que el Reglamento sucesorio europeo rechaza de plano).

El legislador europeo entiende que, de ese modo, esto es, con la rigidez de las normas de conflicto y de sus conexiones, aumenta la “seguridad jurídica” para el causante y para los sujetos implicados en una sucesión *mortis causa* internacional (Cons. [37] RES). Debe subrayarse, con M. PFEIFFER, que la presencia en el sistema conflictual del Reglamento sucesorio europeo de una “cláusula de excepción” (art. 21.2 RES) no altera lo anterior⁶. Esta cláusula de excepción no constituye una regla general de fijación de la Ley aplicable a la sucesión, sino una regla excepcional prevista para “casos extraordinarios” (= un modo de precisar la Ley aplicable sólo operativo para supuestos de gran complejidad).

II. El reenvío en el Reglamento sucesorio europeo. Análisis del art. 34 RES.

1. Aspectos previos.

A) ORIGEN DEL ART. 34 RES.

Como ha subrayado M. PFEIFFER, frente lo anterior, esto es, frente a un sistema conflictual rígido, anclado en la seguridad jurídica de ordenación, en la alta previsión de las soluciones de Ley aplicable para todos los interesados, contrasta, al menos a primera vista, la presencia en el Reglamento sucesorio europeo de un precepto que admite, bajo determinadas condiciones y circunstancias, el reenvío⁷. En efecto, el art. 34 RES admite y regula el reenvío en el sector sucesorio en unos concretos términos.

El Reglamento sucesorio europeo acoge, con ciertos matices, la “solución italiana” al reenvío⁸. El art. 13 *legge* 218/1995 es su modelo básico, pues se trata de un reenvío admitido por el art. 34 RES es un reenvío que sólo opera si permite alcanzar una “armonía internacional de soluciones conflictuales”. En efecto, el art. 34 RES responde a dos fuentes legales que toma prestadas del pasado.

En primer lugar, el art 34 RES bebe del art. 13.1 *legge* 218/1995 (= Ley italiana de Derecho internacional privado), cuyo texto precisa: “*Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana*”. Este precepto persigue la armonía de soluciones entre las que ofrece el Derecho del foro y las que dispensa la Ley del país a cuya Ley remiten las normas de conflicto del foro, como ha destacado T. BALLARINO⁹.

En segundo término, el art. 34 RES se inspira también en el art. 4 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 agosto 1989: “*Si la ley aplicable en virtud del artículo 3 fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran, para toda o parte de la sucesión, a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley*

⁶ M. Pfeiffer, “Legal certainty and predictability in international succession law”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 566-586.

⁷ M. Pfeiffer, “Legal certainty and predictability in international succession law”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 566-586.

⁸ J. Carrascosa González, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, Granada, Comares, 2014, pp. 275-295.

⁹ T. Ballarino, *Diritto internazionale privato italiano*, 7ª ed., Padova, Cedam, 2011, pp. 203-220, esp. p. 204.

aplicable sera la de este ultimo Estado”¹⁰. Este reenvío conciliador de sistemas conflictuales distintos (= “*renvoi-conflict de systèmes*”) fue propuesto por el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo de 16 octubre 2006. De este modo se abandonó el rechazo total y completo del reenvío que constaba en la Propuesta de Reglamento de la Comisión de la UE de 2009, que representaba una “*position catégorique et un peu idéologique*”, en palabras de P. LAGARDE¹¹.

La existencia de un posible reenvío en el sector sucesorio arranca de un dato indiscutible: las normas de conflicto de los distintos países del mundo utilizan puntos de conexión muy diferentes en el sector de las sucesiones *mortis causa*. Ello explica que el reenvío haya sido y sea extraordinariamente frecuente en el sector sucesorio en muchos Estados miembros que admiten este mecanismo, entre ellos, naturalmente, España¹².

La entrada en vigor del Reglamento 650/2012 supone que las cuestiones relativas al reenvío en el área sucesoria no pueden ser resueltas mediante el art. 12.2 CC. Este precepto es inaplicable debido a la primacía aplicativa de la que disponen las normas del Derecho de la UE. La no aplicación del art. 12.2 CC al sector sucesorio no tiene nada que ver con que su contenido sea incompatible o contrario al texto del art. 34 RES, pese a ciertas opiniones en tal sentido. De hecho, aunque el art. 12.2 CC tuviera el mismo texto que el art. 34 RES, -que no lo tiene-, también sería inaplicable en los litigios sucesorios. Por otra parte, en sintonía con lo anterior, la jurisprudencia española relativa al art. 12.2 CC es totalmente irrelevante para interpretar el art. 34 RES¹³.

2. *Ratio legis del reenvío en el art. 34 RES. La armonía internacional de soluciones conflictuales.*

Para aclarar la *raison d'être* del reenvío en el Reglamento sucesorio europeo y el alcance del mismo, para conocer por qué el Reglamento se muestra tan favorable al reenvío, resulta conveniente incorporar varias reflexiones, muy bien apuntadas ya en su momento por P. DE CESARI¹⁴.

En primer término, debe subrayarse que contemplar de manera aislada el art. 34 RES produce una impresión errónea. Podría pensarse, en efecto, que el legislador europeo ha querido complicar de modo innecesario la precisión de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* con un expediente antiguo, intrincado y de dudosa utilidad. Pues bien, frente a ello, resulta provechoso adoptar, por el contrario, una perspectiva social y jurídica de carácter crítico y global, de clásico corte habermaniano. Dicha óptica aconseja no contemplar el reenvío como un frío mecanismo de ping-pong de conexiones de resultado caótico, sino como un elemento instrumental que

¹⁰ El Convenio de La Haya de 1 agosto 1989, sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, actualmente no está en vigor para España ni para ningún país del mundo (a fecha 13 mayo 2018). Ha sido firmado exclusivamente por Argentina, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, pero sólo los Países Bajos lo han ratificado aunque posteriormente lo han denunciado, lo que es insuficiente para que entre en vigor. Los Países Bajos denunciaron este convenio en 2014. No debe confundirse el hecho de que la Ley holandesa de 4 septiembre 1996 haya “copiado” los preceptos de este convenio en su legislación interna. En efecto, ello no supone que tal convenio esté en vigor para dicho país ni para ningún otro, como indica M. Revillard (vid. con error sobre este particular, SAP Alicante 5 octubre 2010 [causante holandesa y reenvío al Derecho español] [CENDOJ 03014370062010100324]). Vid. M. Revillard, “Portée de la loi applicable”, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Defrénois, Paris, 2013, pp. 67-86.

¹¹ P. Lagarde, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16. Una explicación del iter legislativo que llevó a la admisión del reenvío en el art. 34 RES se encuentra, muy bien estructurada, en I. Calvo Vidal, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, n° 328, 2012, pp. 97-107, esp. p. 102.

¹² J.L. Iriarte Angel, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, en R. Viñas / G. Garriga (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 111-136.

¹³ Vid. R. Lafuente Sánchez, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, *CDT*, 2013-II, pp. 350-370, esp. p. 366.

¹⁴ P. de Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 140-148, en relación con el sistema italiano de Derecho internacional privado.

opera en un escenario jurídico complejo en el que alcanzar la certeza de la Ley aplicable a una sucesión *mortis causa* constituye un objetivo fundamental. La determinación y estabilidad de la Ley estatal reguladora de una *sucesión mortis causa* es, en el contexto internacional, más fuerte aún, si cabe, que en las demás situaciones privadas internacionales. Ello es debido a la fuerte tendencia a litigar ante tribunales de Estados distintos que se verifica en el ámbito de las sucesiones *mortis causa*. En efecto, la presencia de bienes de la herencia en un Estado incita a litigar ante los jueces de dicho Estado, al igual que la residencia habitual del heredero incita a éste a litigar ante los jueces de su país. También la última residencia habitual del causante en un país incita a litigar ante los tribunales de dicho Estado y lo mismo puede decirse de los tribunales del Estado correspondientes a la última nacionalidad del causante. Este elemento se debe conectar con la necesidad, para una mayor “seguridad jurídica de realización”, de que las decisiones judiciales sean efectivas en un alto grado en todos los países vinculados con una concreta sucesión *mortis causa*¹⁵. En este entorno sucesorio internacional, el reenvío no constituye ya un mecanismo vano, yermo, estéril y complejo, sino una herramienta útil que ayuda a los particulares a planificar la litigación internacional sucesoria. Por ello puede afirmarse que el sujeto que sólo ve el reenvío, no comprende el reenvío porque carece de perspectiva global. En palabras de J. HABERMAS, resulta conveniente asumir la “dependencia de los fenómenos particulares” (= el reenvío en este caso) respecto de la “globalidad” (= el contexto de la litigación internacional sucesoria y su planificación)¹⁶. Así lo admite, entre otros muchos, A. BONOMI¹⁷.

La admisión del reenvío en el art. 34.1 RES responde, pues, a un principio fundamental bien remarcado por D. DAMASCELLI: la armonía internacional de soluciones conflictuales en el sector sucesorio¹⁸. En las dos hipótesis de reenvío admitidas por el Reglamento sucesorio europeo (= hipótesis primera [art. 34.1.a RES]: reenvío en favor de la Ley de un Estado miembro / hipótesis segunda [art. 34.1.b RES: reenvío de segundo grado en favor de la Ley de un tercer Estado), el legislador persigue alcanzar un objetivo general muy claro de política legislativa. Se trata de procurar que la Ley sustantiva reguladora de la sucesión sea la misma ante tribunales de un Estado miembro y ante tribunales de terceros Estados (= la “identidad de la Ley aplicable”, la savignyana idea de la “armonía internacional de soluciones conflictuales”), recuerda C.F. NORDMEIER¹⁹. En efecto, cuando es aplicable a la sucesión *mortis causa* la Ley de un tercer Estado, es posible que también los tribunales de ese tercer Estado puedan conocer del asunto. Pues bien, el reenvío, en este caso, permite que el tribunal de un Estado miembro y el tribunal de ese tercer Estado apliquen a la sucesión *mortis causa* la misma Ley sustantiva. Con ello se alcanza la llamada “armonía internacional de soluciones” en sentido conflictual. Conseguida dicha “identidad en el espacio de la Ley aplicable” a la sucesión *mortis causa*, se elimina el *Forum Shopping* (= pues resultará indiferente litigar ante tribunales de un Estado miembro o ante tribunales del tercer Estado: todos aplican la misma Ley estatal a la sucesión *mortis causa*). El Cons. [57] RES admite de modo diáfano el propósito del reenvío y resulta útil recordar su letra: “... *ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional*”. Con el objetivo confeso, precisamente, de alcanzar la “armonía internacional de soluciones en sentido conflictual”, es sencillo comprender la admisión, por el art. 34.1 RES, del reenvío tanto de primer como de

¹⁵ A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, Derecho internacional privado, vol. I, 18ª edición, Ed. Comares, Granada, 2018, p. 198.

¹⁶ J. Habermas, Facticidad y validez (sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso), Trotta editorial, 2010, pp. 33-35.

¹⁷ A. Bonomi, “Il regolamento europeo sulle successioni”, RDIPP, 2013, pp. 293-324, esp. p. 307.

¹⁸ D. Damascelli, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. Franzina / A. Leandro (a cura di), Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 98.

¹⁹ C.F. Nordmeier, “New Yorker Heimfallrecht an erbenlosen Nachlassgegenständen und deutsches Staatserbrecht (§ 1936 BGB)”, IPRax, 2011-VI, pp. 529-534.

segundo grado y que dicho reenvío se produzca tanto si termina con la aplicación de la Ley de un Estado miembro como con la aplicación de la Ley de un tercer Estado. En el fondo, para el legislador europeo, no importa “cuál” sea la concreta Ley estatal aplicable a la sucesión *mortis causa*, sino que lo relevante es que la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* sea “la misma”, ya se litigue ante tribunales de un Estado miembro o ante tribunales de un tercer Estado conectado con la sucesión *mortis causa*. Este enfoque europeo del reenvío resulta realmente llamativo y debe ser valorado positivamente. El legislador europeo ha contemplado la litigación sucesoria internacional desde una perspectiva global o mundial. En esa visión, los particulares se encuentran frente a un litigio sucesorio internacional que puede estar conectado con varios países, algunos de los cuales pueden ser Estados miembros y otros pueden ser terceros Estados. Pues bien, el Reglamento sucesorio europeo contempla esa “realidad litigacional mundial” y proporciona a los particulares, a través del reenvío, una solución caracterizada por la estabilidad legal jurídica y por la seguridad jurídica. En efecto, gracias al reenvío, litigar en un país o en otro llevará siempre al mismo resultado conflictual, pues la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* será siempre la misma. Por tanto, el reenvío en el art. 34 RES persigue un objetivo totalmente diferente (= la armonía internacional de soluciones conflictuales) al que se dirige el art. 12.2 CC en relación con el art. 9.8 CC tal y como lo ha interpretado el TS (= la coincidencia entre la solución material dada por la Ley nacional del causante y la Ley material española [falso conflicto de leyes en sentido material] o la aplicación de la Ley del país más estrechamente conectado con el supuesto sucesorio o “ajuste de la localización”), como han precisado P. BLANCO-MORALES LIMONES y A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁰. Con la solución europea al reenvío, los particulares pueden llevar a cabo un cálculo de costes y beneficios de modo que pueden decidir litigar en un país o en otro, sin que cambie por ello la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Pueden practicar un *Litigation Planning* en el que todas las jurisdicciones implicadas se hallan en igualdad de condiciones desde el punto de vista de la Ley aplicable. Ello permite que los particulares elijan litigar ante los tribunales del Estado que deseen sin que se altere la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* (*vid.* más abajo la tabla ilustrativa “*Litigation Planning* y sucesión *mortis causa* internacional”). El reenvío aceptado en el Reglamento sucesorio europeo es un reenvío que muestra “la actitud cosmopolita del DIPr. clásico” (= “*die Weltoffenheit des klassischen IPR*”) en hermosa expresión de H. SCHACK²¹. Su admisión es, también, realista, ya que tiene muy presente las soluciones que, en la práctica diaria del DIPr., siguen las autoridades de terceros Estados, apunta G. KHAIRALLAH²².

En segundo término, debe subrayarse que el reenvío resuelve un conflicto de sistemas de DIPr. En efecto, el art. 34.1 RES acepta el reenvío porque solventa de manera satisfactoria un “conflicto de sistemas”. Un Estado miembro dispone de un sistema de normas de conflicto y un tercer Estado, también conectado con la sucesión *mortis causa* de la que se trate, dispone de otro sistema de normas de conflicto, distinto al anterior, con puntos de conexión bien diferentes. Como es obvio, ambos sistemas conducen a aplicar Leyes sustantivas distintas a la sucesión *mortis causa*. Pues bien, el reenvío permite que un tribunal de un Estado miembro y que un tribunal de un tercer Estado, pese a la disparidad de sistemas conflictuales que utilizan cada uno de tales tribunales, apliquen la misma Ley sustantiva a la misma sucesión *mortis causa*. El conflicto de sistemas ya no conduce a la aplicación de Leyes sustantivas distintas. La armonía conflictual internacional se ha conseguido. F.K von SAVIGNY ha triunfado de nuevo.

²⁰ P. Blanco-Morales Limones, “¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 julio, de la AP Badajoz (S.1ª)”, RGD, 1995, pp. 11341-11347; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, “Sucesión internacional y reenvío”, Estudios de Deusto, julio-diciembre 2007, vol. 55/2, pp. 59-121.

²¹ H. Schack, “Was bleibt vom renvoi?”, IPRax, 2013-IV, pp. 315- 320.

²² G. Khairallah, “La détermination de la loi applicable à la succession”, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012), Éd. Defrénois, Paris, 2013, pp. 47-56.

El conflicto legislativo “*inter-nationes*” desaparece, pues los Estados miembros que participan en el Reglamento sucesorio europeo disponen de las mismas normas de conflicto. Y cuando tales normas de conflicto europeas no coinciden con las normas de conflicto de un Estado no miembro al que remiten las normas de conflicto europeas, gracias al reenvío tanto los tribunales de dicho tercer Estado como los tribunales de los Estados miembros aplicarán la misma Ley sustantiva. La armonía reina. El legislador europeo ha abrazado la clásica tesis savignyana en favor de la “armonía internacional de soluciones en sentido conflictual”. Según indica M.-P. WELLER, fue el mismo Tratado de Lisboa el que abrió de par en par la puerta a una total regulación conflictual de clásico corte savignyano en el campo de la sucesiones *mortis causa*²³. Y no sólo en dicho campo, naturalmente. Como el Cid, SAVIGNY también gana batallas desde el más allá.

En tercer lugar, el resultado de la armonía internacional de soluciones conflictuales es provechoso. La armonía internacional de soluciones alcanzada gracias al reenvío recogido en el art. 34 RES, comporta, como principal consecuencia positiva, una potenciación de la seguridad jurídica de la sucesión *mortis causa* internacional y la estabilidad legal de la misma en un escenario jurídico mundial. En efecto, visto que por obra y gracia del reenvío la Ley sustantiva aplicable a la sucesión *mortis causa* es siempre la misma, ya se litigue ante tribunales de un tercer Estado o de un Estado miembro, la litigación internacional sucesoria se desarrolla en un marco de resultados previsibles y estables. Ello beneficia a todos los particulares implicados en la sucesión *mortis causa*. Por otro lado, es mérito indudable de este reenvío la solución satisfactoria de un conflicto de sistemas conflictuales a escala mundial y no sólo europea. En efecto, el art. 34 RES tiene presente el resultado conflictual de litigar ante tribunales de los Estados miembros y de terceros Estados. Europa es grande, pero el mundo es más grande. El escenario de la litigación sucesoria internacional comprende, con frecuencia, Estados miembros y terceros Estados. Como justamente explica H. SCHACK, el reenvío, concebido como un mecanismo para alcanzar la armonía internacional de decisiones en el plano sucesorio, sigue siendo una herramienta metodológica extremadamente útil: “*Um diesen über die Grenzen der EU hinaus zu befördern, bleibt der renvoi sinnvoll*”²⁴.

Tabla ilustrativa “Litigation Planning y sucesión *mortis causa* internacional”

Litigio suscitado ante jueces españoles relativo a la sucesión mobiliaria de ciudadano español con residencia habitual en Inglaterra y bienes inmuebles en Francia

	Tribunales españoles	Tribunales ingleses	Tribunales franceses
Criterios de conexión empleados	Ley del país de residencia habitual del causante	Ley del país donde se hallan situados los bienes inmuebles	Ley de país de la residencia habitual del causante
Resultado inicial	= Ley inglesa	= Ley francesa	= Ley inglesa
Aplicación del art. 34.1.a RES	= la Ley inglesa remite a Ley francesa (= reenvío de segundo grado)		= la Ley inglesa remite a la Ley francesa (= reenvío de primer grado)
Resultado final: armonía internacional de soluciones conflictuales	= Ley francesa	= Ley francesa	= Ley francesa

²³ M.-P. Weller, «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?», IPRax, 2011-V, pp. 429-436.

²⁴ H. Schack, “Was bleibt vom renvoi?”, IPRax, 2013-IV, pp. 315- 320.

C) ÁMBITO APLICATIVO REAL DEL REENVÍO EN EL ART. 34 RES.

En definitiva, el legislador europeo ha querido conciliar dos primordiales objetivos de política legislativa en este art. 34 RES que admite el reenvío.

En primer término, la armonía internacional de soluciones conflictuales en el sector sucesorio. El reenvío consigue que la Ley sustantiva reguladora de la sucesión sea la misma tanto si se litiga ante tribunales de un Estado miembro como si se litiga ante tribunales de terceros Estados. Por ello, el principio básico en el Reglamento sucesorio europeo es la admisión del reenvío siempre que con el mismo se alcance este objetivo.

En segundo lugar, la seguridad jurídica preventiva o seguridad jurídica de realización. En los casos en los que el reenvío no es útil para lograr la armonía internacional de soluciones conflictuales, el reenvío no se admite. Y tampoco se permite cuando, a pesar de que podría conducir a una armonía internacional de soluciones conflictuales, el reenvío crea una excesiva inestabilidad e inseguridad jurídica para los particulares implicados.

Por ello, vistos los supuestos en los que el legislador europeo prohíbe el reenvío, debe subrayarse que el ámbito aplicativo real del mismo es reducido. La aplicación del reenvío sólo se producirá en supuestos concretos, casos realmente complejos. Por ello, subraya A. BONOMI, el reenvío operará raramente²⁵. Aunque, en realidad, nunca se sabe. La realidad sucesoria es extraordinariamente rica en detalles y matices y el reenvío puede aparecer cuando menos se le espera porque las sucesiones internacionales suelen presentar múltiples elementos de contacto con diversos países, lo que potencia la posibilidad de reenvío.

2. Regla general. Admisión del reenvío en el Reglamento sucesorio europeo (art. 34.1 RES).

El art. 34.1.a RES indica que la aplicación de la Ley de un tercer Estado designada por el Reglamento sucesorio europeo como Ley rectora de la sucesión *mortis causa* se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado. Ésta es la regla general, muy favorable al reenvío. En este contexto, el reenvío se produce en dos hipótesis, como se verá a continuación. Importante resulta destacar que el interés del legislador europeo por lograr la armonía internacional de soluciones conflictuales, verdadero y auténtico élan vital del reenvío europeo, es un interés máximo. Por ello, el art. 34 RES aparece redactado de modo imperativo. El reenvío es obligatorio. Debe ser observado y debe aplicarse la Ley sustantiva a la que dicho reenvío conduce. La aplicación del reenvío no depende del criterio o de la discrecionalidad del juez competente. Éste está obligado a observar el reenvío, apunta J.L. IGLESIAS BUHIGUES, para alcanzar, precisamente, la armonía internacional de soluciones conflictuales²⁶.

A) PRIMERA HIPÓTESIS DE REENVÍO (ART. 34.1.A RES). EL REENVÍO Y EL LEGEFORISMO EUROPEO.

En una primera hipótesis, se verifica y se admite un reenvío de primer y de segundo grado para conseguir la aplicación de la Ley sucesoria de un Estado miembro participante en Reglamento. Es un “reenvío por legeforismo europeo” (art. 34.1.a RES). En este caso, en efecto, las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo remiten al Derecho de un tercer Estado, cuyas normas de conflicto remiten a la Ley de un Estado miembro, que puede ser el Estado miembro del foro u otro Estado miembro. Si ello se produce, se aplicará la Ley sustantiva de dicho Estado miembro. Es el caso, por ejemplo, de la *sucesión mortis causa* un ciudadano inglés con residencia habitual en Londres y cuyos bienes inmuebles se encontraban todos ellos en España. Si se suscita litigio sucesorio ante juez español, debe tenerse presente que las normas de conflicto

²⁵ A. Bonomi, “Il regolamento europeo sulle successioni”, RDIPP, 2013, pp. 293-324, esp. p. 301.

²⁶ J.L. Iglesias Buhigues, “Art. 34”, en J.L. Iglesias Buhigues / G. Palao Moreno, Sucesiones internacionales. Comentario al Reglamento UE 650/2012, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 282-287.

inglesas indican que la sucesión *mortis causa* de los bienes inmuebles se rigen por la Ley del país donde los inmuebles se hallan situados: España. Pues bien, el juez español debe aplicar, en primer término, el Derecho inglés (art. 21.1 RES), cuyas normas de conflicto remiten a la Ley del país donde los inmuebles se hallan situados, esto es, a la Ley española. El art. 34.1.a RES obliga a aplicar el Derecho sustantivo español a esta sucesión *mortis causa* porque el legislador entiende que, de ese modo, la labor judicial será más sencilla, ya que el juez español aplicará Derecho sustantivo español y porque de ese modo, ya se plantee el caso ante jueces ingleses o ante jueces españoles, la Ley aplicable a la sucesión de este causante será siempre la misma, esto es, la Ley sustantiva inglesa. Ley que aplicaría también al mismo caso un juez inglés.

Así pues, en la primera hipótesis de reenvío, recogida en el art. 34.1.a RES, no sólo está presente una directriz legislativa clara que persigue alcanzar la armonía internacional de soluciones conflictuales, sino un deseo de favorecer la aplicación de las Leyes sustantivas sucesorias de los Estados miembros. Es el “legeforismo europeo”. Es, por tanto, un reenvío cuyo segundo propósito consiste en facilitar la labor judicial, que se supone más sencilla si se aplica el Derecho de un Estado miembro que si se aplica el Derecho de un tercer Estado. Se trata de admitir este reenvío, escribe S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, por “razones puramente prácticas”²⁷. En este caso, el art. 34.1.a RES acepta el reenvío porque comporta menores costes para los tribunales de un Estado miembro que estén conociendo del asunto. Se potencia la buena administración de la Justicia en el plano conflictual sucesorio. Este ejercicio de “legeforismo europeo” es evidente. Al legislador europeo le resulta indiferente si la Ley sustantiva de un Estado miembro corresponde al país más vinculado con la sucesión *mortis causa* y es, por tanto, la Ley que todos los particulares implicados en la sucesión esperaban ver aplicada. Al legislador europeo no le preocupa mucho, o mejor dicho, no le importa nada de nada si este reenvío perfecciona y ajusta la “localización conflictual”, para desesperación, bien justificada, de ciertos expertos, como P. LAGARDE²⁸. Si el reenvío se hubiera admitido en el Reglamento para perfeccionar la selección del Derecho regulador de la sucesión, es decir, para llevar a la aplicación de la Ley del Estado más vinculado con el supuesto, se podrían haber resuelto casos difíciles en los que, apunta D. MARTINY, la aplicación de la Ley de la última residencia habitual del causante no es previsible, como el caso del „*cross-border commuter*”²⁹. En suma, al legislador europeo sólo le importa que se llegue a la aplicación de la Ley de un Estado miembro. No es un reenvío guiado por un “legeforismo nacional” tradicional (= un legeforismo que refuerza la aplicación de la Ley sustantiva del Estado cuyos tribunales conocen del asunto), sino que se trata de un reenvío que potencia la aplicación de la Ley sustantiva de cualquier Estado miembro (= aunque no sea el Estado miembro cuyas autoridades conocen del caso sucesorio en cuestión). Es un legeforismo europeo que, en la práctica, comportará un reenvío de primer grado, con lo que el tribunal del Estado miembro que conoce del asunto sucesorio aplicará su propia Ley sustantiva, recuerda A. DAVÌ³⁰. Terceros Estados son los Estados que no participan en el Reglamento sucesorio europeo. Deben ser considerados “terceros Estados”, a efectos del art. 34 RES, todos los Estados no miembros de la UE y también el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, como bien aclara P. RODRÍGUEZ MATEOS³¹.

²⁷ S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público”, en M. Ginebra Molins / J. Tarabal Bosch, El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas, 2016, pp. 135-160, esp. p. 147.

²⁸ P. Lagarde, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, RCDIP, 2012-IV, pp. 691-732.

²⁹ D. Martiny, „Internationale Zuständigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt des verstorbenen Grenzpendlers“, IPRax, 2018-1, pp. 1-11.

³⁰ A. Davì, «Art. 34», en A.-L. Calvo Caravaca / A. Davì / H.-P. Mansel (Eds.), The EU Succession Regulation: A Commentary, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 469-503.

³¹ P. Rodríguez Mateos, „La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea“, REEI, 2014, pp. 1-59.

B) SEGUNDA HIPÓTESIS DE REENVÍO (ART. 34.1.B RES). EL REENVÍO PARA ALCANZAR LA ARMONÍA INTERNACIONAL DE SOLUCIONES SUCESORIAS.

En una segunda hipótesis, existe y se admite un reenvío de segundo grado con el objetivo de alcanzar la armonía internacional de soluciones conflictuales (art. 34.1.b RES). En efecto, el caso es el siguiente: las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo remiten al Derecho de un tercer Estado, cuyas normas de conflicto remiten, a su vez, a otro tercer Estado, cuyas autoridades, en el caso en cuestión, habrían aplicado su propia ley sustantiva. En este caso, advierte F. MARONGIU BUONAIUTI, las autoridades del Estado miembro que conozcan del supuesto sucesorio, aplicarán la Ley sustantiva de ese “otro tercer Estado”³².

Un ejemplo podría ayudar a comprender la mecánica operativa de este reenvío de segundo grado. Si un ciudadano marroquí con residencia habitual en Senegal posee bienes en España y se suscita litigio sucesorio ante juez español, competente *in casu ex art. 10.2 RES* (= bienes sucesorios situados en España), puede dudarse sobre cuál es la Ley reguladora de la sucesión y sobre la cuestión del reenvío. En efecto, según las normas de conflicto de Derecho de Senegal (= aplicable inicialmente *ex art. 21 RES*), la sucesión *mortis causa* se rige por la Ley nacional del causante, Ley marroquí, pero es que resulta que según las normas de conflicto marroquíes, la sucesión *mortis causa* se rige por la Ley nacional del causante. Frente a esta situación, el juez español debe aplicar el Derecho de Senegal (art. 21.1 RES), cuyas normas de conflicto remiten a su vez a la Ley nacional del causante, esto es, a la Ley marroquí. Con arreglo a las normas marroquíes, la sucesión *mortis causa* se rige por la Ley nacional del causante. Por tanto, un juez marroquí habría aplicado a esta sucesión *mortis causa* el Derecho marroquí y un juez senegalés también habría aplicado a esta sucesión *mortis causa* la Ley marroquí. Pues bien, el reenvío de segundo grado contemplado por el art. 34.2.b RES hace posible que los jueces españoles apliquen, también, la Ley marroquí. Con ello el resultado es claro: se litigue donde se litigue, -Marruecos, Senegal o España-, la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* no cambia: será siempre la Ley marroquí. Gracias al reenvío de segundo grado se ha alcanzado el nirvana de la norma de conflicto, el paraíso de las remisiones legales, el empíreo de la litigación internacional: la armonía internacional de soluciones conflictuales entre todos los Estados vinculados con este concreto caso sucesorio.

3. Circunstancias irrelevantes para aceptar o rechazar el reenvío.

Diversas circunstancias resultan totalmente irrelevantes para aceptar o negar el reenvío en el art 34 RES.

A) EL CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO SUCESORIO REGULADOR DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

En primer lugar, es indiferente e irrelevante el contenido material del Derecho sucesorio estatal que pueda aplicarse al caso en cuestión. el art. 34 RES no practica una localización de la sucesión *mortis causa* “centrada en valores materiales”. El precepto no persigue lograr la aplicación a la *sucesión mortis causa* litigiosa, de la Ley estatal cuyo “contenido material” es más “justo” o la Ley sucesoria estatal que conduce a un resultado material más adecuado. Por tanto, el contenido de una Ley sucesoria extranjera no es motivo para aceptar o negar el reenvío en favor de una u otra Ley. Y ello por varias razones: (i) Las Leyes sucesorias de los distintos países del mundo siguen principios muy diferentes e incluso opuestos. Todas las Leyes sucesorias del mundo representan un modo “justo” de regular el fenómeno sucesorio, salvo contradicción, naturalmente, con el orden público internacional español. ¿Es “justo” el sistema sucesorio inglés o el navarro, en los que las legítimas no existen? ¿O es más “justo” el sistema italiano en el que tales legítimas sí que existen pero son diferentes a las legítimas

³² F. Marongiu Buonaiuti, “The EU Succession Regulation and third country courts”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 545-565.

“españolas”? Este debate, además de inútil, es improcedente. Los arts. 21-22 RES, recuerda A. YBARRA BORES, no entran en esa vacua, estéril y absurda disputa³³. Con un alta probabilidad, puede afirmarse que los Derechos sucesorios son todos justos: el Derecho alemán es justo para la sociedad alemana y el Derecho sucesorio español es el justo para la sociedad española y así sucesivamente. Debe recordarse que, en España, tampoco el TS ha utilizado jamás el reenvío para descartar un Derecho sucesorio material, español o extranjero, porque se estimara más o menos “justo”. Si así fuera, el DIPr. europeo operaría con un notable “menosprecio valorativo” del Derecho extranjero; (ii) Aceptar el reenvío para evitar la aplicación de una Ley extranjera de “contenido inaceptable” supone confundir la función del reenvío con la función orden público internacional, lo que es improcedente y es también innecesario; (iii) Negar el reenvío porque el Derecho sucesorio material extranjero es “diferente” u “opuesto” al Derecho sucesorio material español, supone un “juicio *a priori* negativo de injusticia” sobre el Derecho sucesorio español, lo que no es sostenible; (iv) No es propósito del reenvío operar para imponer el modelo de *sucesión mortis causa* propio de la *Lex Fori*. El legislador europeo arranca del presupuesto de que existen multitud de modelos de regulación de la *sucesión mortis causa* en el mundo. No se trata, por tanto, de emplear el reenvío para evitar la aplicación de un modelo extranjero de *sucesión mortis causa*.

B) LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.

En segundo lugar, es indiferente cuál sea la concreta voluntad del testador. Algunos autores han subrayado que el reenvío no debería emplearse en el caso de sucesión testada si el testamento es válido con arreglo a la Ley sustantiva inicialmente designada por las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo, pero nulo con arreglo a la Ley a la que remiten las normas de conflicto de la Ley estatal designada por el Reglamento. Todo ello, se dice, se fundamentaría en un principio de “respeto a la voluntad del testador”³⁴. Ahora bien, esta tesis, bien anclada en presupuestos sustanciales, no parece convincente en un nivel conflictual europeo. Por varios motivos: (i) El hecho de que la sucesión sea testada o intestada no influye en la aceptación o rechazo del reenvío, por una sencilla razón: el art. 21.1 RES no acoge el punto de conexión de la “autonomía de la voluntad” del causante. Por tanto, el causante que no ha elegido su Ley nacional como *Lex Successionis*, deja que su sucesión *mortis causa* quede regulada por la Ley del país de su última residencia habitual (art. 21 RES); (ii) La mera existencia de un “testamento” no significa que haya que respetar la “Ley elegida por el causante”, porque, simplemente, no hay ninguna Ley elegida por el causante. Si hubiera una Ley nacional del causante elegida por éste, el reenvío sería imposible, pero si no existe ninguna elección de Ley, aunque exista testamento, el reenvío es perfectamente posible. En el caso de que el causante expresara que desea que su sucesión quede sujeta a la Ley de su residencia habitual, dicha declaración no tiene efectos sobre la precisión de la Ley aplicable a la herencia. El Reglamento sucesorio europeo sólo proporciona relieve jurídico a la elección de la Ley nacional del causante, si se produce dicha *professio juris* y si ésta es válida (art. 22.1 RES)³⁵. Por tanto, una declaración de voluntad del causante a favor de la aplicación de la Ley de su última la residencia habitual

³³ A. Ybarra Bores, „La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas“, CDT, 2015, pp. 226-254; A. Ybarra Bores, „La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España“, Bitácora Millennium, n. 4, 2016, pp. 47-63; A. Ybarra Bores, “La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012”, CDT, 2018, vol.10-1, pp. 466-388.

³⁴ E. Rodríguez Pineau, “Nota a STS 15 noviembre 1996”, REDI, 1997, pp. 264-268; E. Rodríguez Pineau, “Nota a STS 21 mayo 1999”, REDI, 1999, pp. 7576-760; M. Virgós Soriano, “Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español”, Anales de las Academia Matritense del Notariado, n. 42, 2004, pp. 181-210; A. Pérez Voituriéz, “El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada”, Revista Jurídica del Notariado, núm.13, enero-marzo 1995, pp. 257-337.

³⁵ A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, “Professio juris e regolamento successorio europeo”, en I. Pretelli/G.P. Romano/T. Rossi (éds.), Tui Memores – La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l’honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Genève, Zürich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, pp. 133-153.

carece de efectos y por tanto no puede impedir el reenvío³⁶. Una declaración de voluntad del causante en la que éste expresara que “deseo que mi herencia quede sometida a la Ley de mi última residencia habitual y que no se observe la remisión que las normas de conflicto de esta Ley puedan efectuar en favor de otra Ley”, carece igualmente de efectos legales y por tanto, tampoco puede impedir el reenvío; (iii) Cuando el causante otorga testamento con arreglo a la Ley sustantiva del Estado de su residencia habitual no está eligiendo dicha Ley como su *Lex Successionis*, porque sencillamente, el Reglamento sucesorio europeo no le ofrece dicha posibilidad. Por tanto, no se puede rechazar el reenvío con el pretexto de que así se respeta su voluntad de haber elegido la Ley de su residencia habitual porque el causante no tiene derecho a elegir dicha Ley como su *Lex Successionis*. En suma, el Reglamento sucesorio europeo no ha aceptado esta perspectiva, como subrayan con marcado énfasis A. BONOMI / P. WAUTELET³⁷. En consecuencia, en el contexto del Reglamento sucesorio europeo, el hecho de que la sucesión sea testada no impedirá el reenvío en ningún caso. En el marco del art. 9.8 CC, la solución era la misma: el reenvío se producía con independencia de que la sucesión fuera testada o intestada³⁸. Así se puede apreciar en las STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, STS 21 mayo 1999, *Denney*, STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.*, y STS 12 enero 2015³⁹.

³⁶ I. Calvo Vidal, “El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n.1, 2015, pp. 17-25.

³⁷ A. Bonomi / P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 439.

³⁸ Vid. A.-L. Calvo Caravaca en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; A. Marín López en A. Marín López y otros, *Derecho internacional privado II*, 1994, pp. 235-260; L. Arechederra Aranzadi, “Art. 9.8 Cc.”, AA.VV. (Coordinador, R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 470-504; I. Ayala Cardañanos, “Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996”, en *REDI*, 1998-II vol.I, pp. 244-248; C. Azcárraga Monzonis, *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008; P. Blanco-Morales Limones, “¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 julio, de la AP Badajoz (S.1ª)”, *RGD*, 1995, pp. 11341-11347; A.-L. Calvo Caravaca, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp. For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; Id., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 31033138; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto*, julio-diciembre 2007, vol. 55/2, pp. 59-121; J. Carrascosa González, “Nota a SAP Badajoz 11 julio 1995”, *REDI*, 1996, pp. 316-321; E. Castellanos Ruiz, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; Id., “Art. 9.8 Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado*, comentada y con jurisprudencia, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; Id., “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; Id., “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002”, en A.-L. Calvo Caravaca / E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269; J.-M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 2010; J.L. Iriarte Ángel, “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”, *RGD*, 1989, pp. 3561-3582; J.L. Iriarte Ángel, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, en R. Viñas / G. Garriga (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 111-136; J. Pérez Milla, “De nuevo el TS matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria (nota a la STS 21 mayo 1999)”, *AEDIPR*, 2001, pp. 1094-1097; A. Rodríguez Benot, “Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.-L. Calvo Caravaca / E. Castellanos Ruiz (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704; E. Rodríguez Pineau, “Nota a STS 15 noviembre 1996”, *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. Rodríguez Pineau, “Nota a STS 21 mayo 1999”, *REDI*, 1999, pp. 7576-760; M. Sáinz López-Negrete, “Sucesiones de extranjeros: legislación aplicable”, *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1993, pp. 879-892; S. Sánchez Lorenzo, “Ámbito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 1144-1146; M.E. Thomas, “Sucesiones de extranjeros: proceso sucesorio inglés”, *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1993, pp. 2651-2655; J.A. Tomás Ortiz de la Torre, “¿Anular por reenvío la voluntad del testador?”, *La Ley*, núm. 5845, 9 septiembre 2003; Id., “El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español”, *Actualidad Civil*, núm. 40, semana 1-7 noviembre 1999, pp. 1261-1295; M. Virgós Soriano, “Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español”, *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, “Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution”, *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992.

³⁹ Vid. STS 15 noviembre 1996 [*REDI*, 1997, pp. 265-268]; STS 21 mayo 1999 [*R.4580*], STS 23 septiembre 2002 [*RJ* 2002/7868]; STS 12 enero 2015 [*CENDOJ* 28079110012015100048].

C) TIPO DE CONEXIÓN UTILIZADO POR LA NORMA DE CONFLICTO EXTRANJERA.

En tercer lugar, es irrelevante cuál sea el tipo de conexión empleado por la norma de conflicto extranjera. El reenvío sólo es posible si la norma de conflicto europea aplicable es el art. 21.1 RES, esto es, la norma que emplea el punto de conexión “residencia habitual del causante”. Se trata de una “conexión social”, que representa la vinculación del causante con un país en cuya sociedad éste se halla integrado. Pues bien, para que exista reenvío es preciso que la norma de conflicto extranjera utilice un punto de conexión diferente a la residencia habitual. Resulta totalmente indiferente e irrelevante si el punto de conexión empleado por esta norma de conflicto extranjera está constituido por una “vinculación social” (= conexión social”) o de otro tipo. Basta que sea un punto de conexión distinto que no sea la residencia habitual del causante tal y como la aplica un tribunal de un Estado miembro. Por tanto, el reenvío es perfectamente posible tanto si la norma de conflicto extranjera emplea una “conexión cultural” (= como es el “*domicile* inglés” o la última nacionalidad del causante), como si se basa en una “conexión social” (= la residencia o el domicilio del causante), o en una “conexión territorial” (= como el lugar de situación de los bienes inmuebles). Lo único relevante es que el tribunal extranjero del país cuya Ley ha sido designada por el Reglamento sucesorio europeo aplique su propia norma de conflicto, que ésta remita a una Ley de otro país y que, gracias al reenvío, el juez de un Estado miembro pueda aplicar también esa misma Ley. El reenvío proporciona seguridad jurídica en la litigación internacional y ello con total independencia del carácter de la conexión empleada por la norma de conflicto extranjera.

3. Regla especial. Negación del reenvío (art. 34.2 RES).

Existen diversos supuestos en los que el art. 34 RES prohíbe taxativamente el reenvío. Como ha demostrado F. BOULANGER, cada uno de estos supuestos responde a razones propias⁴⁰. Son los que siguen.

A) LEY SUCESORIA DE UN ESTADO MIEMBRO PARTICIPANTE EN EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO.

En primer término, debe subrayarse que no se acepta el reenvío cuando la Ley aplicable a cualquier aspecto sucesorio, de forma o de fondo, designada por las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo, sea la Ley de un Estado miembro de la UE participante en dicho Reglamento. Ello es lógico, porque en tal supuesto el reenvío es imposible, ya que las normas de conflicto del Estado miembro del foro (*Lex Formalis Fori*) y de las normas de conflicto del Estado miembro que deben regir la sucesión *mortis causa* (*Lex Formalis Causae*) son idénticas: las normas de conflicto contenidas en el Reglamento sucesorio europeo.

B) CAUSANTE QUE HA ELEGIDO SU LEY NACIONAL COMO LEY SUCESORIA.

En segundo lugar, no se acepta el reenvío cuando el causante haya elegido su Ley nacional como Ley reguladora de su sucesión *mortis causa* en los términos del art. 22 RES. Esta negativa al reenvío se justifica, indica P. DE CESARI, porque sólo de ese modo se respeta la designación de Ley hecha por el causante que ha ejercitado su *Professio Juris*. Se salvaguardan así las expectativas conflictuales de dicho causante y de terceros implicados⁴¹. El reenvío, en este caso, vulneraría la *ratio* del art. 22 RES que radica en fijar de modo estable la Ley rectora de la sucesión y en permitir que el causante planifique legalmente su sucesión, lo que resultaría traicionado si se admite el reenvío, apunta F. BOULANGER⁴². En definitiva, cuando el causante ha elegido la

⁴⁰ F. Boulanger, «La limitation de la prise en compte du renvoi dans le règlement d'une succession internationale», La Semaine juridique, édition générale, n°16-17, 15 avril 2009, Jurisprudence, n°10068, pp. 27-30.

⁴¹ P. de Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 214-218.

⁴² F. Boulanger, “La limitation de la prise en compte du renvoi dans le règlement d'une succession internationale”, La Semaine juridique, édition générale, n°16-17, 15 avril 2009, Jurisprudence, n°10068, pp. 27-30.

Ley rectora de su sucesión *mortis causa*, es esa Ley aquélla cuya aplicación provoca los costes conflictuales más reducidos⁴³. Así, el art. 34.2 RES contiene un límite al reenvío, como se ha visto, fundado en el respeto de la “voluntad conflictual del causante”. En efecto, el reenvío no se debe observar si el causante ha elegido la Ley reguladora de su sucesión *mortis causa* en los términos del art. 22 RES (art. 34.2 RES). Ahora bien, si el causante otorga testamento en el cual no consta una elección de Ley, ni expresa ni tácitamente formulada, el reenvío es perfectamente posible e incluso puede afirmarse que es obligatorio. En efecto, no siempre que hay testamento existe *Professio Juris*. Así, por ejemplo, si un causante inglés con residencia vacacional en España pero con residencia habitual en Londres, causante que sólo posee como patrimonio bienes inmuebles sitios en España otorga testamento notarial en España en el que se limita a indicar que nombra heredero a su hijo, ese testamento existe y normalmente será válido, pero dicho testamento no recoge ninguna elección válida de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*. En consecuencia, la sucesión *mortis causa* de dicho causante se registrará por la Ley del país de su residencia habitual, esto es, por la Ley inglesa (art. 21.1 RES). Visto que las normas de conflicto inglesas indican que la sucesión *mortis causa* relativa a los bienes inmuebles se rige por la Ley del país donde los inmuebles se hallaren sitios, la Ley sustantiva española regulará esta sucesión (= reenvío de primer grado). Esta solución se explica porque el Reglamento protege la Ley designada por el causante contra el reenvío (= protección anti-reenvío de la “voluntad conflictual del causante”), pero en el caso de que el testador no haya designado Ley concreta alguna como *Lex Successionis*, el art. 34.2 RES no protege ni blinda las disposiciones materiales contenidas en el testamento (= la “voluntad material del causante”). Esta protección anti-reenvío sólo actúa si ha habido elección de Ley (= *professio juris* sucesoria) y no en el caso contrario. En este último supuesto, ante la carencia de una voluntad conflictual del causante, si la Ley de la residencia habitual del causante es la Ley de un tercer Estado y las normas de conflicto de este tercer Estado remiten a la Ley de otro Estado que aplicaría su propia Ley o a la Ley de un Estado miembro, la validez o nulidad del testamento se registrará por esta última Ley (= la resultante del reenvío *ex art.* 34 RES).

C) APLICACIÓN DE LA LEY DEL PAÍS CON EL QUE LA SUCESIÓN PRESENTA LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS (ART. 21.2 RES).

En tercer lugar, no se acepta el reenvío cuando la Ley que rija la sucesión *mortis causa* sea la Ley del país con el que el causante mantenía un vínculo estrecho, de conformidad con el art. 21.2 RES. La cláusula de excepción recogida en dicho precepto debe llevar siempre a aplicar la Ley del país con el que la sucesión *mortis causa* presenta los vínculos más estrechos. Dicha solución conduce ya a la Ley cuya aplicación provoca los costes conflictuales más reducidos para las partes, por lo que no tiene mucho sentido consultar las normas de conflicto de dicha Ley. En este caso, se excluye el reenvío porque éste introduciría una dosis excesiva de inseguridad jurídica e incerteza legal: nadie podría prever *ex ante* de modo razonable cuál es la concreta Ley aplicable a la sucesión, puesto que necesariamente, dicha Ley no sería ya la Ley del país más estrechamente vinculado con la sucesión *mortis causa*.

D) LEY APLICABLE A LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES MORTIS CAUSA REALIZADAS POR ESCRITO.

En cuarto lugar, no se acepta el reenvío en relación con la Ley aplicable a la forma de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito (art. 27 RES). Para España, debe recordarse que el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias] impide todo reenvío en dicha materia⁴⁴. El art. 27 RES selecciona la Ley

⁴³ I. Lorente Martínez, “La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío”, CDT, 2015, pp. 466-475.

⁴⁴ Para España, vid. BOE núm.197 de 17 agosto 1988. Entrada en vigor para España: 10 junio 1988. Vid. sobre la cuestión W. Breemhaar, “Das Haager Testamentsabkommen und Art. 992 des niederländischen Zivilgesetzbuches”, IPrax, 1983, pp. 9394, A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, “Breves observaciones sobre la Ley aplicable a la forma de las

aplicable a la forma de las disposiciones *mortis causa* en virtud de su contenido material. Por ello, si se admitiese el reenvío, éste vulneraría la *ratio* del art. 27 RES.

E) LEY APLICABLE A LA VALIDEZ DE LA FORMA DE DECLARACIÓN RELATIVA A UNA ACEPTACIÓN O UNA RENUNCIA.

En quinto lugar, no se acepta el reenvío en relación con la Ley aplicable a la validez de la forma de declaración relativa a una aceptación o una renuncia si dicha Ley aplicable es la Ley del Estado en el que el declarante tiene su residencia habitual (art. 28.b RES). Este precepto designa la Ley aplicable en virtud de su contenido material, y si se admitiera el reenvío, éste vulneraría la *ratio* del art. 28.b RES.

F) SUCESIÓN DETERMINADOS BIENES (ART. 30 RES).

En sexto lugar, no se admite el reenvío en relación con la aplicación a la sucesión de las disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes (art. 30 RES). En este caso, razones de “soberanía económica” aconsejan que la Ley sustantiva aplicable a la planificación patrimonial y sucesoria de ciertos bienes especiales sea la Ley sustantiva del Estado de situación de tales bienes y ninguna otra Ley de ningún otro Estado.

G) REENVÍO DE TERCER GRADO O ULTERIOR.

En séptimo lugar, por último, preciso resulta recordar que el art. 34 RES admite el reenvío de primer y de segundo grado en determinadas circunstancias. Sin embargo, la dicción del art. 34.1 RES impide todo reenvío de tercer grado o de mayor graduación. Con ello el legislador trata de no complicar excesivamente la precisión de la Ley estatal aplicable a la sucesión.

III. Reenvío y fraccionamiento legal de la sucesión en el Derecho internacional privado sucesorio de la Unión Europea.

El art. 34 RES no especifica si el reenvío debe observarse aunque comporte la aplicación de varias Leyes estatales distintas a segmentos diferentes de una misma sucesión *mortis causa*. Este problema, recuerda F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, puede surgir con pasmosa facilidad⁴⁵. Un ejemplo útil puede ser en este punto. Así, como ha indicado D. DAMASCELLI, el art. 2400 del Código civil del Uruguay dispone que “[l]a ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria”. Pues bien, si se plantea la sucesión *mortis causa* de un español con residencia habitual en Montevideo y bienes inmuebles en España, Uruguay e Italia, la ley que rige su sucesión es la Ley del Uruguay. Ley que remite al mismo tiempo, a la Ley española, a la Ley italiana y a la Ley uruguaya. Esta sucesión *mortis causa* quedaría fragmentada en tres masas sucesorias regidas por tres Leyes estatales diferentes por obra y gracia de dos reenvíos, uno de

disposiciones testamentarias”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n. 702, 2007, pp. 1771-1792; G. Fiore, “Intorno allo schema di convenzione sulla legge applicabile alla forma delle disposizione testamentarie”, RDI, 1959, pp. 578-586; I. Kisch, “La convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias”, Revista internacional del notariado, 1962, núm.53, pp. 121-145; F.A. Mann, “The Formal Validity of Wills in Case of Dual Nationality”, ICLQ, 1986, vol.35, pp. 423-425; K.H. Nadelmann, “The formal validity of wills and the Washington convention 1973 providing the form of an international will”, AJIL, 1974, vol.68, pp. 365-378; A.E. von Overbeck, “Vers une convention internationale sur la loi applicable à la forme des testaments”, ASDI, 1958, vol.XV, pp. 215-242; Id., L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments, Friburgo, 1961; G. Parra Aranguren, Die Regel Locus regit Actum und die Formen der Testamente, Munich, 1955; P. Volken, “Von der Testamentsform im IPR”, Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck. Friburgo, 1990, pp. 575-590; E. Zabalo Escudero, “El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, RGD, 1989, núms.541-542, pp. 6351-6370.

⁴⁵ F. de B. Iriarte Ángel, “Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.754, pp. 986-999.

primer grado y otro de segundo grado⁴⁶. *Voilà c'est fait*. La cuestión es delicada, discutida por la doctrina, poco profundizada por la jurisprudencia e intrínsecamente compleja. Varias líneas de solución se han apuntado sobre este espinoso problema, muy bien expuestas, entre otros, por M.A. CUEVAS DE ALDASORO⁴⁷.

1. Primera interpretación. El reenvío no debe observarse si comporta fragmentación legal de la sucesión.

En favor de esta primera interpretación, contraria a la observancia del reenvío en el caso de que éste conduzca a una fragmentación legal de la sucesión, cabe aducir varios argumentos.

Primero: la dicción literal del art. 34 RES acepta el reenvío exclusivamente cuando las normas de conflicto de un Estado no miembro en el Reglamento sucesorio europeo remiten la regulación de la sucesión *mortis causa* a “la ley de un Estado miembro” (art. 34.1.a RES), o a “la ley de otro tercer Estado” (art. 34.1.b RES). Como se observa, el precepto se expresa siempre en singular (= “la ley”). Ello significaría que el reenvío sólo puede aceptarse si conduce a aplicar una sola Ley estatal, y nunca si conduce a aplicar dos o más Leyes estatal distintas a partes diferentes de una misma sucesión *mortis causa*.

Segundo: concurre, además, un argumento estructural propio del Reglamento sucesorio europeo: la unidad legal de la sucesión *mortis causa*. En efecto, la *Lex Successionis* debe regir “la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia” (Cons. [37] RES). En consecuencia, para evitar que la unidad legal de la sucesión y la universalidad de la Ley sucesoria (= dicha Ley debe regir el destino patrimonial de todos los bienes de la herencia, sea cual sea el país donde se hallan) se vean perjudicadas y que la herencia quede sujeta a diversas Leyes estatales, debería negarse la posibilidad de reenvío si éste conduce a un fraccionamiento de la sucesión. Por otro lado, se ha indicado, igualmente, que resulta paradójico que no se permita al causante elegir varias Leyes estatales diferentes aplicables a su sucesión *mortis causa*, y que resultara posible que, en virtud del reenvío, la sucesión *mortis causa* sí pueda quedar sujeta a varias Leyes estatales distintas en casos de ausencia de *professio juris* (I. CALVO VIDAL)⁴⁸.

2. Segunda interpretación. El reenvío debe observarse aunque comporte una fragmentación legal de la sucesión.

La mayor parte de la doctrina entiende, sin embargo, y con argumentos solventes, que el reenvío debe aceptarse incluso en el caso de que conduzca a la aplicación de varias Leyes a una misma sucesión *mortis causa* (D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, A. DAVÌ / A. ZANOBBETTI, I. CALVO

⁴⁶ D. Damascelli, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. Franzina / A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 98.

⁴⁷ M.A. Cuevas de Aldasoro, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, pp. 46-55.

⁴⁸ I. Calvo Vidal, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97-107, esp. p. 103.

VIDAL, A. BONOMI)⁴⁹. Estos expertos, según hace notar C.F. NORDMEIER, se basan en distintos postulados⁵⁰.

Primero. La letra del art. 34 RES incluye diversos supuestos en los que no se admite el reenvío. Pues bien, ninguna de estas limitaciones al reenvío contempla el caso que se produce si las normas de conflicto del Derecho del tercer Estado conducen a dos o más leyes estatales diferentes para regular distintos segmentos de la sucesión *mortis causa*. El art. 34.1 RES contiene una regla general (= la admisión del reenvío) y el art. 34.2 RES recoge las excepciones a dicha regla (= supuestos en los que no se debe observar el reenvío). Es claro, para estos autores, que la regla general debe interpretarse de modo generoso y expansivo y que las excepciones son taxativas, constituyen *numerus clausus* y deben, por ello, interpretarse de modo restrictivo. No se deben, en consecuencia, añadir excepciones al reenvío (= casos de negación al reenvío) que no aparezcan expresamente recogidas en el texto del art. 34.2 RES.

Segundo. El antes citado Cons. [37] RES sólo proclama la unidad legal de la sucesión cuando se trata de aplicar la “norma principal” de conflicto de leyes, esto es, cuando la sucesión *mortis causa* se rige por la Ley del Estado de la nacionalidad del causante elegida por éste (art. 22.1 RES) o por la Ley del Estado de la residencia habitual del causante (art. 21 RES). Por tanto, la unidad legal de la sucesión *mortis causa* no debe observarse más que en esos dos casos y no cuando la Ley aplicable sea una Ley distinta a la “regla principal” contenida en el Reglamento sucesorio europeo, esto es, la Ley designada por la norma de conflicto de un tercer Estado en virtud de reenvío.

Tercero. El legislador europeo ha preferido privilegiar la solución uniforme conflictual (= la “armonía internacional de soluciones conflictuales”) incluso si ello comporta una aplicación de varias leyes estatales a la sucesión *mortis causa*, esto es, si comporta una fragmentación de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Este argumento presenta una fuerza discursiva notable, pues uno de los más claros objetivos del Reglamento sucesorio europeo radica en asegurar, con especial énfasis, la seguridad jurídica internacional en el sector sucesorio (Cons. [37] RES), lo que logra el reenvío aunque conduzca a la aplicación de varias Leyes estatales distintas⁵¹. Las ventajas que proporciona un reenvío son mayores que la desventaja de una escisión y fragmentación legal de la sucesión *mortis causa*.

Cuarto. El mismo Reglamento sucesorio europeo dispone de una pléyade de excepciones que horadan la potencia y virtualidad del principio de unidad de la sucesión. Tantas son tales excepciones, subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, que resulta difícil sostener que el principio de unidad de la sucesión deba prevalecer ante un reenvío que conduce a una fragmentación de la sucesión⁵².

⁴⁹ D. Damascelli, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. Franzina / A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 98; A. Davi / A. Zanobetti, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, CDT, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt); P. Lagarde, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, RCDIP, 2012-IV, pp. 691-732; P. Lagarde, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16; I. Calvo Vidal, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, n° 328, 2012, pp. 97-107, esp. p. 103; A. Bonomi, “Il regolamento europeo sulle successioni”, RDIPP, 2013, pp. 293-324, esp. p. 307.

⁵⁰ C.F. Nordmeier, “New Yorker Heimfallrecht an erbenlosen Nachlassgegenständen und deutsches Staatserbrecht (§ 1936 BGB)”, IPRax, 2011-VI, pp. 529-534.

⁵¹ Cons. (37) RES, in primis: “Para que los ciudadanos puedan aprovechar, respetando en todo momento la seguridad jurídica, las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitirles conocer cuál será la legislación aplicable a su sucesión. Además, deben introducirse normas armonizadas en materia de conflicto de leyes para evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que la sucesión se rija por una ley previsible, con la que guarde una estrecha vinculación (...)”.

⁵² S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y

Quinto. El hecho de que el TS español exija que el reenvío en el sector sucesorio respete la unidad legal de la sucesión, debe entenderse, naturalmente, en el contexto del art. 12.2 CC (= “contexto normativo español” y no “contexto normativo europeo”). Por tanto, y pese a ciertas opiniones contrarias al respecto, esta jurisprudencia del TS que exige la unidad legal de sucesión para admitir el reenvío no puede proyectarse al art. 34 RES⁵³. El texto, los objetivos y el origen del art. 34 RES son plenamente distintos de los que presenta el art. 12.2 CC. Lo que el TS ha afirmado en torno al art. 12.2 CC (= norma española) no tiene relevancia alguna a la hora de interpretar el alcance del art. 34 RES (= norma europea). De ese modo, la unidad legal de la sucesión no constituye un argumento definitivo para negar la intervención del reenvío provocado por el art. 34 RES.

Sexto. El problema era conocido por el legislador europeo. Éste también era consciente de la jurisprudencia francesa que descartaba el reenvío en el caso de sucesión inmobiliaria si dicho reenvío conducía a un fraccionamiento de la sucesión (sentencia de la cour de cassation francesa de 11 febrero 2009, *Acunia*)⁵⁴. Sin embargo, el legislador europeo no ha querido establecer una excepción al reenvío ni en el art. 34 RES ni en el Preámbulo del Reglamento sucesorio europeo para los casos en los que el reenvío comporte un fraccionamiento de la sucesión, dato éste, subrayan A. BONOMI / P. WAUTELET, que puede considerarse clave⁵⁵. En efecto, el legislador europeo puede cometer errores, y de hecho, los comete, pero afirmar que dicho legislador no tuvo presente que el reenvío podía conducir a la fragmentación de la sucesión no parece correcto ni exacto. Lo tuvo presente y no hizo nada por evitar este resultado porque para dicho legislador, pesó más la armonía internacional de soluciones que el dogma de la unidad legal de la sucesión.

El TJUE se ha referido al principio de la unidad legal de la sucesión en la STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*⁵⁶. En dicho pronunciamiento, el TJUE indica que (FD 44): “Así, el legislador de la Unión ha precisado, como resulta del considerando 37 del citado Reglamento, que, por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos que formen parte de la herencia, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado. Por tanto, de conformidad con el artículo 23, apartado 2, del Reglamento 650/2012, dicha ley regirá, en particular, la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios de los bienes que integren la herencia”. Del mismo modo, en el FD 57 precisa que: “*En este contexto, admitir que el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento 650/2012 permite excluir del ámbito de aplicación de dicho Reglamento la adquisición de la propiedad de un bien mediante legado vindicativo supondría una fragmentación de la sucesión incompatible con el tenor del artículo 23 del citado Reglamento y con los objetivos de éste*”. Como subraya K. LECHNER, esta jurisprudencia debe ser tomada, leída e interpretada *cum grano salis*⁵⁷. No es definitiva en su proyección sobre el tema del reenvío. No se refiere en ningún momento al reenvío, sino que más bien aclara el ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio europeo. Lo que viene a afirmar, simplemente, es que excluir del Reglamento una cuestión sucesoria cubierta por su ámbito de aplicación material conduciría a una fragmentación legal de la sucesión, lo que constituye un resultado negativo para los particulares y totalmente injustificado. En efecto, la cuestión debatida en la

orden público”, en M. Ginebra Molins / J. Tarabal Bosch, El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas, 2016, pp. 135-160, esp. p. 152.

⁵³ Es el caso de R. Lafuente Sánchez, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, CDT, 2013-II, pp. 350-370, p. 366.

⁵⁴ H. Pérez, “Nota a Sent. Cass. 11 febrero 2009, *Acunia* (sucesiones y reenvío)”, JDI Clunet, 2009, pp. 567-577.

⁵⁵ A. Bonomi / P. Wautelet, El Derecho europeo de sucesiones, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 447. También P. Lagarde, “Reglement N.650/2012 sur les successions”, Répertoire de droit européen Dalloz, 2014, pp. 1-33.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2017:755.

⁵⁷ K. Lechner, „Die EuErbVO im Spannungsfeld zwischen Erbstatut und Sachenrecht“, IPRax, 2013-6, pp. 497-501.

STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka* era la precisión de la Ley reguladora de la transmisión de la propiedad de un bien mediante un legado vindicativo.

IV. Modelo teórico de reenvío en el art. 34 RES.

1. *Reenvío simple versus reenvío integral.*

Una cuestión de enorme relieve teórico y metodológico es la relativa al “modelo teórico de reenvío” acogido por el Reglamento sucesorio europeo.

Ciertos expertos opinan que este Reglamento acoge un “modelo simple de reenvío” en el que el juez de un Estado miembro sólo debe valorar las normas de conflicto extranjeras y las remisiones que éstas efectúan en favor de la aplicación de otras Leyes estatales. No debe, en consecuencia, operar exactamente como lo haría el juez extranjero. Debe, por el contrario, limitarse a comprobar cuál es el país al que conduce la norma de conflicto extranjera (= “reenvío abstracto”).

Otros especialistas opinan que el Reglamento sucesorio europeo sigue y recibe un modelo de “reenvío integral”. En virtud de este modelo, como expone J.L. IRIARTE ÁNGEL, el tribunal del Estado miembro que conoce del asunto debe tener presente el modo en el que el juez del Estado al que remite la norma de conflicto del Reglamento aplica sus propias normas de conflicto⁵⁸. El juez español, que conoce de un litigio derivado de la sucesión *mortis causa* de un causante con residencia habitual en Inglaterra, debe “sentarse en la silla del juez inglés” y operar exactamente igual a como lo haría un juez inglés. El juez español, que conoce de un litigio derivado de la sucesión *mortis causa* de un causante con residencia habitual en Suiza, debe “sentarse en la silla del juez suizo” y operar exactamente igual a como lo haría un juez suizo. Debe determinar, con máxima precisión, la Ley que aplicaría el juez del Estado tercero al que remiten las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo. En consecuencia, debe aplicar las normas de conflicto extranjeras y debe observar el reenvío tal y como lo haría un juez extranjero, para poder, de ese modo, comprobar y acreditar con la máxima exactitud, cuál es la Ley estatal que un juez extranjero aplicaría, en el caso concreto, a una sucesión *mortis causa*.

Para suministrar una respuesta bien fundada a este profundo e intrincado enigma metodológico preciso resulta arrancar de un presupuesto valorativo claro presente en el art. 34 RES: el reenvío que admite el Reglamento sucesorio europeo tiene como objetivo axiológico “..... *Garantizar la coherencia internacional*” (Cons. [57] RES). Pues bien, como han indicado con extraordinario rigor A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, la “*coherencia internacional*” (= esto es, la “armonía internacional de soluciones en sentido conflictual”) sólo se garantiza si el juez del Estado miembro del que se trate aplica las normas de conflicto extranjeras tal y como exactamente las aplicaría un juez del Estado extranjero correspondiente⁵⁹. En otras palabras, el art. 34 RES no sólo permite, sino que obliga a activar, en su caso, y como demuestra A. BONOMI, un “reenvío integral”, que es el único que asegura la armonía internacional de soluciones conflictuales. Esta solución aparece confirmada por el hecho de que el art. 34 RES admite el reenvío de primer y de segundo grado con la intención de que se llegue a una coherencia / armonía internacional de soluciones conflictuales⁶⁰. Resulta preciso concretar el “resultado conflictual” en el supuesto de litigar ante los jueces del tercer Estado al que remiten las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo. En efecto, en este Reglamento, el reenvío sólo tiene sentido si a través del mismo se consigue que la Ley aplicable a la sucesión sea la misma si litiga ante un Estado miembro, ante los tribunales del “tercer Estado” al que remiten las normas de

⁵⁸ J.L. Iriarte Ángel, “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”, RGD, 1989, pp. 3561-3582.

⁵⁹ A. Davì / A. Zanobetti, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, CDT, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt).

⁶⁰ A. Bonomi, “Il regolamento europeo sulle successioni”, RDIPP, 2013, pp. 293-324, esp. p. 307.

conflicto del Reglamento sucesorio europeo o ante los tribunales del “otro tercer Estado”. Por eso, precisamente, lo importante no es, en realidad, “lo que digan” las normas de conflicto de estos tres Estados (= el “reenvío abstracto”), sino el modo en que los jueces de estos tres Estados aplican tales normas y el resultado conflictual final al que se llega en el caso de litigar ante cualquiera de estos tres tribunales estatales (= lo que importa es “lo que harían” los jueces extranjeros del Estado cuya Ley es designada por el Reglamento sucesorio europeo, el “reenvío concreto”)⁶¹. Por tanto, visto que el Reglamento sucesorio europeo sigue el “modelo integral” como “modelo dominante” de reenvío, el juez español deberá operar tal y como lo haría el juez del Estado al que remite la norma de conflicto del Reglamento sucesorio europeo. En suma, el modelo del “reenvío integral” supone que un juez de un Estado miembro competente para solventar una sucesión *mortis causa* debe aplicar el Derecho material que se supone que aplicarían los tribunales del tercer Estado cuya Ley es declarada aplicable por la norma de conflicto contenida en el Reglamento sucesorio europeo. Es decir, el juez del Estado miembro debe decidir exactamente igual a como lo haría un juez del tercer Estado cuya Ley es declarada aplicable por la norma de conflicto contenida en el Reglamento. El juez competente del Estado miembro que corresponda, aun a riesgo de sufrir un ataque cardíaco debido a la extraordinaria complejidad técnica del modelo de “reenvío integral” acogido por el Reglamento sucesorio europeo, debe necesariamente observarlo para alcanzar así el altar del cielo de toda alquimia conflictual: la armonía internacional de soluciones conflictuales entre los Estados conectados con la sucesión de que se trate. Efectivamente *Savigny still rules*. Como indica A. Davì, el modelo de reenvío integral recogido en el Reglamento conduce a aceptar dos particulares tipos de reenvío, pesadilla de jueces, abogados y estudiantes de DIPr.: el “doble reenvío anglosajón” y el “reenvío suizo por conflicto de sistemas”⁶².

2. El doble reenvío anglosajón.

La aceptación del “modelo integral de reenvío” en el art. 34 RES conduce a admitir el famoso “doble reenvío anglosajón” (*Foreign Court Theory*). Según éste, el juez anglosajón aplica el Derecho material que se supone que aplicarían los tribunales del país cuya ley es declarada aplicable por su norma de conflicto. Es decir, el juez anglosajón debe decidir exactamente igual a como lo haría un juez del país cuya Ley es declarada aplicable por la norma de conflicto anglosajona. Pues bien, el juez de un Estado miembro que conoce de un litigio relativo a una sucesión *mortis causa* regida por el Derecho inglés debe tener muy presente la Ley que un juez inglés aplicaría a ese litigio ahora que sabe que un juez inglés sigue la teoría del doble reenvío.

Un ejemplo puede ilustrar el caso. Un causante inglés fallece en España. Tuvo su última residencia habitual en Londres. Dispone de varios inmuebles en España. Se litiga por su sucesión *mortis causa* ante jueces españoles. La Ley reguladora de esta sucesión es la Ley inglesa (art. 21.1 RES: residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento). Pues bien, ya situados en la órbita del Derecho inglés, si un juez inglés conociera de este caso fallaría como lo haría un tribunal español que conoce de la sucesión de un inglés con bienes inmuebles en España. Por tanto, el razonamiento del juez inglés será el siguiente. En primer lugar, aplicará el Reglamento sucesorio europeo, que le conduce al Derecho inglés. En segundo lugar, aplicará la norma de conflicto inglesa, que le remite al Derecho español porque los inmuebles están situados en España. En tercer lugar, aplicaría el Derecho sustantivo español, pues en la UE y en España se admite el reenvío en favor de la Ley de un Estado miembro (art. 34 RES). Por tanto, se puede concluir claramente que un juez inglés aplicaría, de haber conocido de esta sucesión, el Derecho sustantivo español. *Ergo*, un juez español, que conoce ahora del litigio

⁶¹ A. Davì, «Art. 34», en A.-L. Calvo Caravaca / A. Davì / H.-P. Mansel (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 469-503.

⁶² A. Davì, “Le renvoi en droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. 352, 2012, pp. 1-528, esp. pp. 152-155; A. Davì, “Ancora sulle finalità (e sui diversi modelli) del rinvio nell diritto internazionale privato contemporaneo”, *RDI*, 2014, pp. 1032-1107.

sucesorio sabe que el art. 21.1 RES le remite al Derecho inglés y que el juez inglés aplicaría el Derecho sustantivo español. Luego, efectivamente, existe un reenvío de retorno en favor del Derecho español. El art. 34.1.a RES es aplicable y el juez español debe aceptar tal reenvío y aplicar el Derecho español. De ese modo, litigar ante jueces españoles o ante jueces ingleses conduce al mismo resultado conflictual: la aplicación del Derecho material español regulador de la sucesión *mortis causa* (vid. una ilustración práctica del doble reenvío anglosajón en la SAP Badajoz 11 julio 1995)⁶³. Para el estudio de la figura, resultan imprescindibles ciertas sentencias de la jurisprudencia inglesa: *Collier vs. Rivaz* (1841), *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In Re Askew* (1930), *In re O'Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W. Addams* (31 julio 1985), fallado por la *High Court Of Justice (Chancery Division)*⁶⁴.

3. Regla suiza de conflicto de sistemas.

En ciertos supuestos, el Reglamento sucesorio europeo somete la sucesión a la Ley de la residencia habitual del causante, pero resulta que el DIPr. de dicho país en materia sucesoria no contiene una “norma de conflicto de Leyes”, sino una norma de “conflicto de sistemas”. Un ejemplo claro es el contenido en el art. 91.1 Ley suiza DIPr. 1987. El precepto indica: “*La successione di una persona con ultimo domicilio all'estero è regolata dal diritto richiamato dalle norme di diritto internazionale privato dello Stato di domicilio / Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist*”. Esto es, cuando un juez suizo conoce de un litigio relativo a la sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en el extranjero, el juez suizo debe aplicar el Derecho que designen las normas de Derecho internacional privado de dicho Estado. Por ello, puede producirse un caso de “doble remisión por una regla de conflicto de sistemas” que opera del siguiente modo. Un juez español conoce de un litigio relativo a una sucesión *mortis causa*. El art. 21.1 RES remite a la Ley suiza debido a que el causante tuvo su última residencia habitual en Suiza. Consultada la Ley suiza se observa que el art. 91 Ley suiza DIPr. remite al art. 21.1 RES, que es la norma de conflicto del Estado en el cual el causante tenía su último domicilio. Y el art. 21.1 RES vuelve a ser aplicable y designa la Ley sustantiva rectora de la sucesión, que es la Ley material suiza (vid. ad ex.: SAP Barcelona 28 septiembre 2004)⁶⁵. El caso se verificará raramente. En efecto, para que se produzca, el causante debe tener su residencia habitual (= definida en “términos europeos”), en Suiza pero debe poseer su domicilio (= definido en “términos suizos”) en España, puntualiza P. MANKOWSKI⁶⁶. Al efecto es preciso tener presente el art. 20 ley suiza DIPr. 1987 que indica que “*Giusta la presente legge, la persona fisica ha (...) il domicilio nello Stato dove dimora con l'intenzione di stabilirvisi durevolmente*”.

V. Aplicación de las normas de conflicto extranjeras relativas a la sucesión *mortis causa*.

En relación con las normas de conflicto extranjeras que resulta necesario aplicar en casos de reenvío, deben tenerse presente diversos elementos.

1. Interpretación de las normas de conflicto extranjeras.

En primer término, como ha señalado doctrina autorizada, la norma de conflicto extranjera en materia sucesoria y su punto de conexión debe interpretarse y aplicarse según las reglas de dicho ordenamiento extranjero⁶⁷. En efecto, sólo así se respeta el principio inspirador del

⁶³ SAP Badajoz 11 Julio 1995 [AC 1995\1395].

⁶⁴ P.M. North / J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths, London-Dublin, Edinburgh, 12ª ed., 1992, pp. 149-169.

⁶⁵ CENDOJ: 08019370162004100501.

⁶⁶ P. Mankowski, „Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21. Abs. 1 EuErbVO“, *IPRax*, 2015-1, pp. 39-46.

⁶⁷ P. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, pp. 121.-122; Id., “Renvoi”, *E. Dalloz DI*, vol. II, 1969, pp. 751-759; E. Jayme, “Zur ‚versteckten‘ Rück- und Weiterverweisung

reenvío (art. 34 RES): que el juez de un Estado miembro aplique la misma Ley estatal que aplicaría un juez de un tercer Estado si conociera de la misma sucesión *mortis causa*. Un ejemplo puede ayudar a comprender la cuestión: la sucesión mobiliaria de un inglés con residencia habitual en Londres pero con *domicile* en París se rige por el Derecho inglés (art. 21.1 RES). El Derecho inglés reenvía al Derecho francés porque en DIPr. inglés, la sucesión mobiliaria se regula por la Ley del último “domicilio” del causante. Pues bien, el concepto de “domicilio” que emplea el juez español para aceptar el reenvío es el concepto de domicilio (*domicile*) propio del Derecho inglés, que no coincide con el concepto “español” de domicilio, sino que es mucho más parecido al concepto español de “vecindad civil”, como subrayan, entre otros, J. DERRUPÉ / J.-P. LABORDE, M. VIRGÓS SORIANO y V. MARTORELL GARCÍA⁶⁸. Retener un “concepto español” de domicilio en la aplicación de la norma de conflicto inglesa resulta incorrecto, ya que “desnaturaliza” la localización llevada a cabo por el legislador inglés. Error que además resulta más profundo si el concepto “español” de domicilio que se emplea es un concepto “fiscal” y no “civil”, como el haber residido en España más de 183 días. Cuando un tribunal español debe aplicar Derecho inglés por mandato de la norma de conflicto contenida en el Reglamento 650/2012, debe tener presente que el concepto de domicilio (= “*domicile*”) propio del Derecho inglés no es igual al concepto español de “domicilio”. El tribunal español debe aplicar la norma inglesa como lo haría un juez inglés, y por tanto, debe conocer el concepto inglés de “*domicile*” para poder aplicarlo correctamente. Como es bien conocido y sabido, recuerda M.A. CUEVAS DE ALDASORO, el “*domicile*” del Derecho inglés no puede traducirse por el “domicilio” propio del Derecho español⁶⁹.

2. Supuestos de doble reenvío anglosajón.

En segundo lugar, y en relación con el DIPr. inglés, debe tenerse presente que el art. 34 RES persigue como objetivo fundamental lograr la “armonización internacional de soluciones conflictuales”. Por ello, el tribunal español debe operar exactamente como lo haría un juez inglés. En consecuencia, debe tener en cuenta el famoso “doble reenvío” que tendría presente un juez inglés si conociera del supuesto sucesorio, y ello con el objetivo de fallar exactamente igual que lo hace un juez inglés. Por todo ello, cuando la *Lex Successionis* es la Ley inglesa, el “doble reenvío” es un mecanismo relevante, puesto que lo que interesa, precisamente, al legislador europeo, es que el juez de un Estado miembro aplique fielmente la misma Ley que aplicaría el juez inglés si éste conociera de la sucesión *mortis causa* en cuestión.

3. Acreditación del “*domicile*”.

En tercer lugar, cabe observar que surgen innumerables problemas en relación con causantes ingleses cuyas sucesiones se deciden ante los tribunales españoles porque no se acredita en qué país tenía el causante su último *domicile*. El reenvío se producirá, ya que un causante con residencia habitual en Inglaterra puede tener *sudomicile* en España visto el significado real del concepto inglés de “*domicile*” (*Domicile as Permanent Home*) (*vid.* en aplicación del art. 9.8 CC, muy correctas: SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [reenvío de primer

im IPR”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1970, pp. 253-269; Id., “Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen”, *IPrax*, 1981, pp. 17-29; G. Kegel, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im Internationalen Verjährungsrecht*, Köln, Opladen, 1962.

⁶⁸ J. Derrupé / J.-P. Laborde, *Droit international privé*, Dalloz, 16ª ed. 2008, pp. 142-144; M. Virgós Soriano, “Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; V. Martorell García, “Estatuto personal de los británicos y su régimen matrimonial y sucesorio en la práctica notarial española”, www.notariosyregistradores.com.

⁶⁹ M.A. Cuevas de Aldasoro, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, pp. 38-39; Ch.M.V. Clarkson / J. Hill / A.J.E. Jaffey, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 39; P.M. North / J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths, London-Dublin, Edinburgh, 12ª ed., 1992, pp. 145-147; D. McClean & K. Beevers, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 450.

grado del Derecho inglés al Derecho español, todos los bienes inmuebles sitos en España y *domicile* en España del causante])⁷⁰. Sin embargo, el testamento que el sujeto inglés otorga ante Notario español y en cuya virtud dispone de todos sus bienes o de los bienes sitos en España, se inscribe en el RGAUV español sin que ninguna autoridad española compruebe si el testador tenía o no su *domicile* en España (D. SEARL)⁷¹. Este resultado antijurídico debe evitarse por el notario autorizante, que debe acreditar cuál es el país del domicilio (*domicile*) del causante inglés y decidir si se produce o no reenvío en favor del Derecho sustantivo español. En este caso, como explica M.E. THOMAS, debe advertir al testador de que, si éste tiene su *domicile* en España y su residencia habitual en el Reino Unido, la sucesión *mortis causa* se rige, en virtud del reenvío, por el Derecho sustantivo español y que, en consecuencia, no puede disponer libremente de todos sus bienes y debe respetar, en su caso, los derechos de los legitimarios recogidos en el Derecho sustantivo español aplicable⁷².

VI. Reflexiones finales. La *kenosis* jurídica y el reenvío como elemento flexible para una mejor Justicia en el sector sucesorio.

Más allá de las acusaciones tradicionales contra el reenvío, basadas en el carácter abstruso, complejo y estructuralmente intrincado del mismo, resulta necesario admitir que dicho mecanismo presenta ventajas sustanciales. De ellas ha tomado buena nota el legislador europeo en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012.

Una primera nota positiva del reenvío acogido en el art. 34 RES, en este sentido, radica en admitir que, gracias al mismo, pueden realizarse “valores globales” y no sólo “valores particulares”. Como han escrito V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH, el Derecho internacional privado puede alcanzar coherencia, seguridad jurídica y eficiencia y ello puede lograrse mediante el reenvío recogido en el art. 34 RES⁷³. De ese modo, el reenvío no sólo ayuda a la solución correcta del caso sucesorio en cuestión, sino que contribuye a forjar un sistema europeo de Derecho internacional útil y previsible para todos. Todo el escenario legal internacional se beneficia de ello.

Una segunda nota positiva puede encontrarse en la superación del conflicto de leyes entendido como enfrentamiento entre los valores que transportan, contienen y defienden las legislaciones sucesorias de todos los países del mundo. Subraya de modo perspicuo S. VRELLIS, que el Derecho internacional privado, mediante sus normas de remisión (normas de conflicto) lleva a cabo un balance competencial de los contactos espaciales de un supuesto con los diferentes Estados. En dicho balance, el reenvío opera como un corrector para conciliar los distintos valores de los distintos legisladores estatales a un nivel primario, esto es, mediante la solución de un «conflicto de sistemas». No se trata, pues, de hacer aplicable la Ley sucesoria más justa, sino de averiguar qué ordenamiento sucesorio estatal presenta un mejor título para regular la sucesión *mortis causa*. Es evidente que el reenvío puede ayudar a mejorar las normas de conflicto desde el momento en el que impulsa la seguridad jurídica de realización, desde el momento en el que consigue que la solución a los litigios sucesorios sea la misma en todos los Estados implicados aunque éstos no tengan una legislación sucesoria unificada o común y aunque éstos no tengan, ni siquiera, unas mismas normas de conflicto de leyes en el sector sucesorio⁷⁴. La seguridad jurídica de realización, esto es, la estabilidad de las soluciones legales

⁷⁰ SAP Murcia 30 noviembre 2011 [CENDOJ 30016370052011100652].

⁷¹ D. Searl, *You and the Law in Spain*, 16th ed., Santana Books, Fuengirola, 2005, pp. 244-252.

⁷² M.E. Thomas, “Sucesiones de extranjeros: proceso sucesorio inglés”, *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1993, pp. 2651-2655.

⁷³ V. Ruiz Abou-Nigm / K. McCall-Smith / D. French, *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hart Publishing, 2018, pp. 100-109.

⁷⁴ S. Vrellis, “Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice”, *RCADI*, 2007, vol. 328, pp. 175-486.

estatales alcanza, así, un status elevado. Es un valor fundamental para el Derecho internacional privado europeo.

Un tercer elemento positivo que el reenvío incorpora, en claro desarrollo de la idea anterior, es su papel, explica J. SCHACHERREITER, como elemento de combate jurídico contra el etnocentrismo judicial⁷⁵. Que un juez de un Estado miembro de la UE no aplique la Ley estatal a la que conducen las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo debe ser visto como un ejercicio de humildad jurídica. El reenvío enseña que, en ocasiones, para alcanzar la armonía internacional de decisiones y soluciones, puede ser mejor relativizar el alcance de estas normas de conflicto europeas y aplicar, en su lugar, una norma de conflicto de un tercer Estado.

Relativizar la Justicia conflictual europea con el objetivo de alcanzar las soluciones que mejor realizan los valores del Derecho europeo es siempre una buena idea. Para ello, el concurso de los tribunales de Justicia y en especial del TJUE en su permanente diálogo con el legislador europeo se presenta, escriben K. LENAERTS / TH. STAPPER, como un elemento de primera magnitud⁷⁶. En el sector sucesorio, el reenvío, acogido en unos límites razonables, puede ayudar a la construcción de un escenario internacional más previsible, más seguro y más estable.

A fin de que ello sea posible, el jurista europeo debe aprender a practicar la *kenosis* jurídica y olvidar, así, el eviterno debate sobre los *pros nad cons* del reenvío. Debe también olvidar lo que un día aprendió sobre el reenvío en su sistema nacional de Derecho internacional privado. Debe olvidar, en el caso español, el texto, la estructura, la finalidad y los valores que incorpora el art. 12.2 CC. Sólo con esta *kenosis* (κένωσις), sólo con este vaciamiento interior, el jurista de Derecho internacional privado puede pasar de ser un experto legal nacional a ser un experto legal europeo. Sólo ese vaciamiento jurídico permite al jurista comenzar de nuevo y arrancar del art. 34 RES para hacer justicia en el sector sucesorio de un modo plenamente receptivo a los valores jurídicos europeos.

⁷⁵ J. Schacherreiter, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung -- Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

⁷⁶ K. Lenaerts / Th. Stapper, „Die Entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber“, *RabelsZ*, 2014-1, pp. 252-293.

PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN Y LA EJECUCIÓN EN LOS CASOS DE DEUDA SOBERANA A PROPÓSITO DEL CASO DE LOS FONDOS BUITRES CONTRA ARGENTINA

SERGIO CORTÉS BELTRÁN*

RESUMEN

En el presente artículo se analizan los juicios de los fondos buitres en contra de la Argentina por el cobro de bonos soberanos y sus efectos en el derecho internacional, en particular con las inmunidades de jurisdicción y ejecución. La nula regulación de esta materia genera situaciones de inseguridad jurídica.

Palabras clave: *fondos buitres, bonos soberanos, inmunidad de jurisdicción y ejecución*

ABSTRACT

In this article, the vulture funds against Argentina trials for the collection of sovereign bonds are analyzed and their effects in international law, in particular the immunities of jurisdiction and execution. The null regulation of this matter generates situations of legal uncertainty

Key words: *vulture funds, sovereign bonds, immunity jurisdiction and execution*

En primer lugar, muchas gracias por la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Atacama a participar en las IV Jornadas de Derecho Internacional Privado. Dirijo particularmente este agradecimiento a la profesora de esta casa de estudios Pía Moscoso Restovic, a su decano don Mario Maturana Claro y al presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y colega en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el profesor Eduardo Picand Albónico.

El tema a tratar es muy interesante porque plantea tres problemas diferentes y que se presentan en niveles distintos. El primero de ellos, en el que centraré esta ponencia, se refiere a las inmunidades de jurisdicción y de ejecución. Los otros dos problemas son interesantes de analizar, porque dan cuenta de vacíos en los sistemas jurídicos nacionales y en el derecho internacional: la escasa regulación de los default de los Estados y de los fondos especulativos (fondos buitres, vulture funds o hold outs, como se les conoce y denomina).

El caso de la deuda soberana de Argentina, la declaración de este Estado en insolvencia, el papel que jugaron los holdouts en el manejo de la deuda y los problemas que enfrentó este país en relación con las inmunidades de jurisdicción y ejecución ponen en evidencia este aserto.

El juicio principal que llevaron los fondos buitre -hold outs, como después los empezó a denominar Mauricio Macri cuando empezó a negociar con ellos- comienza el año 2005 y su historia judicial es muy interesante porque recorrió todas las instancias que puede tener un procedimiento contencioso en el sistema judicial estadounidense

* *Profesor Asistente de Derecho Internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.*

La causa partió ante un juez en primera instancia en el Estado de Nueva York, por existir cláusulas de sumisión ante dicha jurisdicción y caracterizarse por ser un foro donde las inmunidades de jurisdicción y de ejecución son entendidas como relativas y no absolutas.

Luego la causa fue a la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, y en última instancia fue a la Corte Suprema de los Estados Unidos debido a la presentación de un *writ of certiorari*. Esta Corte no se pronunció sobre el fondo del recurso, en uso de una facultad absolutamente discrecional que posee – y con ello dejó a firme todas las resoluciones de las instancias inferiores. Con esta decisión provocó que Argentina entrara el 16 de julio del 2014 en default técnico. Que fue básicamente la denominación que se utilizó para expresar que con motivo de una orden judicial no se podía hacer pagos a los fondos buitres o hold outs.

1.- Un poco de historia

Es importante hacer un análisis histórico de la forma de financiamiento de los Estados. Hasta la década de 1980 la forma de financiamiento de los Estados era básicamente por medio de mutuos o préstamos de consumo que se contraían con otros Estados, con organizaciones internacionales de tipo financiero (Fondo Monetario, Banco Mundial, Banco Europeo de Inversiones, Banco Interamericano de Desarrollo y otros) o derechamente con bancos privados –en lo que se conoce comúnmente como créditos sindicados –ya que se reúnen varios bancos para poder levantar una mayor cantidad de capital-.

La deuda de los Estados soberanos consistía entonces en préstamos bancarios y no en títulos públicos. A comienzos de la década de 1990 esta situación cambió. Los Estados comenzaron a emitir deuda pública y los bancos empezaron a actuar como agentes de colocación y su cotización era libre. De manera que cualquier inversionista institucional o particular podía comprar bonos en los mercados de capitales del mundo. Este fenómeno se potenció por la crisis de deuda de América Latina y por el Plan Brady en la década de 1980 que llevó a una serie de reestructuraciones de deudas de Estados de la región. El Secretario de Tesoro de los EE.UU de Ronald Reagan, Nicolas Brady, ideó un plan de reestructuración en que los Estados con problemas de deuda emitirían nuevos papeles “los bonos Brady” con que cancelarían sus deudas con los bancos comerciales y se cotizarían en los mercados de capitales, con cierta garantía de los EEUU y del Fondo Monetario Internacional, previo acuerdo entre el Estado y el organismo financiero internacional. Por medio de este acuerdo, los Estados se comprometían a aplicar las medidas del denominado Consenso de Washington. Además, el estado deudor para poder emitir el título debía someterse a la legislación y jurisdicción del Estado donde el bono se emite.

Así entre 1989 y comienzos del año 2000 se vivió un período de traspaso de la emisión de deuda de bancos e instituciones financieras a títulos públicos de libre cotización. Se creó así un gran mercado mundial de títulos públicos soberanos, no bancarios, de cotización libre y que cualquier inversor podía comprar y que además tenían muy buenas rentabilidades.

El negocio de los bonos fue muy bueno y rentable. Los bonos pagaban intereses altos y esto llevó a que empezaran a emitirse bonos soberanos sin garantía del Fondo Monetario ni de cualquier otro Estado. De esta manera, funcionaban igual que los títulos de deuda que colocan los privados en los principales mercados financieros del mundo. Así los bancos privados comenzaron a operar como agentes colocadores de estas deudas en las plazas financieras más importantes del planeta, Nueva York entre ellas.

Ante lo lucrativo de los bonos, todos los Estados comenzaron a participar en este nuevo sistema. Como títulos valores, representativos de deuda, se idearon distintos mecanismos para hacerlos más atractivos. Por ejemplo, además de incluir cláusulas de reajustabilidad, los intereses que estos pagaban se indexaban con el PIB del país respectivo, y además se garantizaba que iba a pagar en relación con el PIB más alto alcanzado mientras estuviere vigente la deuda en

algunos casos. Argentina los pactó de esta manera. En la década de 1990, este mecanismo fue muy utilizado y hubo otros países que también hicieron emisiones de bonos soberanos bajo este modelo: Perú, Brasil, Rusia y un largo etc.

Los tenedores de bonos o bonistas se sentían atraídos a invertir en estos títulos, porque en aquella época los países en desarrollo tenían tasas de crecimiento del PIB del orden del 7, 8 u 9%, lo que hoy en día resulta prácticamente impensado. Por otro lado, por las tasas de crecimiento altísimas, los Estados que requerían dinero -países en desarrollo en general- recurrían a este mecanismo que resultaba muy bueno para atraer inversionistas.

Se creó así desde la nada un mercado muy interesante que llevó a una nueva estructura de la deuda de los Estados. Solo un dato. Para el caso de Argentina, hacia fines de la década de 1990 la deuda estatal argentina se estructuraba de la siguiente manera: el 73% del total en bonos y el 27% restante en el sistema tradicional de deudas con bancos, organizaciones internacionales financieras -Fondo Monetario, Banco Mundial, Banco Interamericano del Desarrollo, Club de París y otros.

2.- ¿Qué son los fondos buitres?

Estos fondos que son llamados peyorativamente buitres o vultures, en inglés, son fondos de inversión de capital de alto riesgo que se especializan en títulos públicos de estados soberanos que están pasando momentos de crisis o ya en default y que rechazan los acuerdos de reestructuración voluntaria de pago de dicha deuda, (normalmente con quitas importantes) y que luego litigan ante tribunales para cobrar el total del capital de los títulos más intereses y daños.

El objetivo principal de estos fondos especulativos es la compra de títulos públicos de países en desarrollo al borde o ya en default.

Estos fondos de inversión, de carácter especulativo, se dedican a dos áreas de negocios: bonos soberanos y deuda de privados. En lo que dice relación con la deuda soberana, lo que hacen los fondos buitres es comprar bonos a muy bajo costo de Estados que estén casi al borde del default o ya en default. En cuanto a la deuda de privados, lo que hacen los hold outs es comprarle la deuda a una persona o empresa que esté en -o casi- en insolvencia para luego realizar negocios con dichas deudas (lo que se ha conocido en Chile en el último tiempo como empresas zombies).

Estos fondos especulativos encontraron una vía en la que pueden obtener ganancias importantes de los Estados que se encuentran en insolvencia o casi en ella y se aprovechan, además, de la falta de regulación del derecho internacional y de los derechos internos en la materia.

A uno le enseñan en la Universidad, o parte del supuesto, que los Estados -por principio- no quiebran ni caen en insolvencia ni en bancarrota, pero resulta que los porfiados hechos nos han demostrado que los Estados sí pueden quebrar o caer en default. Los casos de Argentina, Grecia, Portugal, Irlanda, España y Chipre son ejemplos de aquello.

Lo que hacen los fondos buitres es básicamente comprar a muy bajo costo los bonos soberanos de Estados que se encuentran en esta situación. Hay un caso bien notable que cuenta el periodista del diario La Nación de Buenos Aires Joaquín Morales. El señala que en el año 2001, en los meses de noviembre y diciembre, antes de la caída del gobierno del radical Fernando de la Rúa y antes de que Argentina tuviera cinco presidentes en diez días, y se declarara en default o cesación de pagos, había corredores de bolsa y de valores que estaban comprando estos bonos que no costaban nada y se vendieron en grandes cantidades. Esto ocurrió en dos periodos, antes de la declaración de default -en la fecha ya señalada- y luego en el año 2002-2003. Era un muy interesante y buen negocio porque compraron los bonos a

un 30% de su valor en el año 2001 y a un 15-20% de su valor real en el año 2002-2003. Era tremendo negocio.

3.- ¿Cuál es el negocio de los Fondos Buitres?

Básicamente lo que buscan es recuperar el 100% del valor de los bonos, porque cuando compré y adquirí el bono, lo obtuve bajo ciertas condiciones y esas condiciones tienen que ser cumplidas. Pero para poder realizar esto, se tienen que cumplir dos requisitos. En primer lugar tienen que haber una declaración del Estado de cesación de pagos y de no pago de la deuda externa. Lo que en el caso argentino ocurre a finales del año 2001 cuando Adolfo Rodríguez Saa, declaró el default argentino. En segundo lugar se tiene que dar otra condición y es que el estado en falencia entre en una negociación de reestructuración de deuda, y en la que se reconozca, en el fondo, que va a haber una quita. Y eso ocurrió en dos ocasiones para el caso argentino: en el año 2005 en la negociación que llevó adelante el ministro de Nestor Kichner Roberto Lavagna. Y luego la otra en el año 2010, que llevó adelante el ministro de Cristina Fernandez, Amado Boudou, que ahora está preso y que está siendo investigado por esta negociación porque se sospecha que pudo haber recibido coimas.

Vale decir, para poder demandar judicialmente, los fondos especulativos esperan la declaración formal del default y la medida institucional concreta de un gobierno determinado de que no pagará su deuda soberana tal como fue emitida. Con estos requisitos cumplidos comienza la fase de litigación ante tribunales.

4.- El juicio de los Fondos Buitres contra Argentina¹

El 16 de junio de 2014, la Corte Suprema de los EE.UU resolvió rechazar la solicitud de writ of certiorari del Estado argentino en la causa 'Republic of Argentina v. NML Capital Ltd et. Al' N°13-990. Con esta resolución quedaron firmes los fallos de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York y del juez del distrito Sur de Nueva York, Thomas Poole Griesa en la causa NML Capital Ltd v. Republic of Argentina (Opinion 08 Civ 6978 (TPG); 09 Civ. 1707 TPG y 09 Civ. 1708 (TPG). Estas resoluciones tuvieron como efecto que Argentina cayera nuevamente en default –ahora denominado técnico- con fecha 30 de julio de 2014.

El 12 de diciembre de 2012, el Financial Times definió el juicio entre la Argentina y los denominados fondos buitres como el juicio del siglo en la reestructuración de deuda soberana.

El 23 de febrero de 2012, el fallo del juez de Nueva York Thomas Poole Griesa le dio la razón a los denominados fondos buitres, en la causa indicada.

En él se establecía que los fondos tenían derecho a cobrar y Argentina estaba obligada a cumplir con el 100% de las acreencias que demandaban más intereses y daños. El juez Griesa de manera muy sucinta establecía que los contratos se cumplen, las deudas se pagan y la cláusula de '*pari passu*' debe ser tenida en cuenta.

Esta cláusula significa que todos los acreedores deben tener un trato igualitario. Se impide así pagarle a un acreedor que acordó una liquidación menor de una deuda luego de un proceso de reestructuración, sin tener en cuenta los reclamos de los otros acreedores que no participaron de ella. Por lo tanto, si no hay dinero para pagarles a todos por igual, todos los acreedores reciben una parte proporcional y el deudor no puede pagar a los que acordaron una quita. La aplicación de esta cláusula hace fracasar una reestructuración de bonos soberanos, ya que quienes aceptan las quitas no podrán cobrar el resto.

¹ Para un análisis del fallo en dicha causa ver el artículo del autor: Los Fondos Buitres contra Argentina en la Revista de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile N° 5 semestre 1 año 2014 páginas 387-390

En noviembre de 2012, ante unos dichos de la presidenta Cristina Fernández y de su ministro de economía que hacían pensar en un eventual incumplimiento del fallo, el juez Griesa complementó su fallo anterior y obligó a la Argentina a pagarle a los fondos especulativos antes del 15 de diciembre de 2012, la suma de 1330 millones de dólares al contado.

En septiembre de 2013, la Corte de Apelaciones de Nueva York ratificó todos los conceptos del juez Griesa, pero dictó un stay, lo que significaba que dejaba suspendida la obligación de pagar los 1330 millones de dólares al contado, en espera del fallo del *writ of certiorari* de la Corte Suprema sobre el asunto. Argentina podía así seguir haciendo los pagos a los bonistas de los canjes de 2005 y 2010 (sin que Argentina cayera en default técnico).

Tanto el fallo del juez Griesa como el de la Corte de Apelaciones de Nueva York establecían que los tenedores de bonos que no ingresaron al canje o reestructuración de la deuda no podían ser puestos en un escalón inferior al resto de los acreedores que había aceptado los dos procesos de reestructuraciones de deuda. El fallo de la Corte de Apelaciones ratificaba la violación de la cláusula *pari passu* por parte de Argentina, al subordinar una deuda por debajo de otra, como se hace con la *cláusula RUFO* de los canjes de 2005 y 2010 y no respetar la igualdad de pago de dos deudas del mismo deudor. Esta cláusula viene de la sigla en inglés *'Rights Upon Future Offers'*, que expresa que si la Argentina voluntariamente hace antes del 31 de diciembre de 2014 una oferta mejor que la que hizo a los que entraron en los canjes de 2005 y 2010, cada tenedor de los bonos tendrá derecho, durante un período de 30 días corridos a cambiar sus bonos por efectivo u otros bonos que igualen lo ofertado a los otros.

A su vez, la Corte de Apelaciones ratificó la advertencia del fallo de Griesa en el sentido de que cualquier institución financiera o particular que intentara ayudar a la Argentina a hacerle pagos a los tenedores de bonos reestructurados sin pagarle también a los fondos buitres, sería objeto de un juicio aparte y sanciones severas (específicamente se refería al Bank of New York Mellon, que es el agente financiero de Argentina ante los bonistas que ingresaron en los canjes de 2005 y 2010).

El fallo de primera instancia del juez Griesa del Estado de Nueva York indicaba algo muy sencillo. El estado argentino debía pagar el 100% del valor de los bonos soberanos, porque los contratos se cumplen y las deudas deben pagarse en su totalidad. Además, se expresaba que se debía respetar la cláusula o principio *Pari Passu*. Ésta consiste básicamente en que hay que darle un trato igualitario a todos los acreedores, y eso no había ocurrido, porque técnicamente había habido una quita, más o menos, del 40% en el año 2005, y del 30% el año 2010. Por ello la cláusula *RUFO* no debe respetarse ni cumplirse según el fallo de Griesa.

5.- Inmunities de Jurisdicción

Las Inmunities de Jurisdicción, técnicamente, son excepciones a la jurisdicción más que a la competencia, porque se sostiene que lo que falta es soberanía y el estado no puede entrar a conocer del asunto.

Para elaborar un concepto de la inmunidad de jurisdicción hay que señalar –siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González– que los órganos jurisdiccionales de un Estado no pueden conocer de un litigio en el que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros entes que gozan de tal inmunidad.²

La inmunidad de jurisdicción no es una excepción a la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado sino a la misma jurisdicción de estos tribunales.³ Para autores

² Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 155-156.

³ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015, página 377.

como Werner Goldschmidt se trata de un verdadero caso de falta de soberanía, ya que no solo no son competentes los tribunales, sino que cualquier otra autoridad donde el beneficiario es el demandado.⁴ Frente a un supuesto de inmunidad de jurisdicción, el único remedio para el demandante es reclamar ante los tribunales del Estado extranjero en cuestión o, si ello no es posible, solicitar protección diplomática de su propio Estado.⁵

En la actualidad las inmunidades de jurisdicción están reconocidas en Tratados Internacionales y en la legislación interna de los respectivos países.

Entre los Tratados que las regulan se pueden mencionar:

- El Código de Bustamante, Tratado de la Habana de 1928.
- La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.
- La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.
- La Convención de Naciones Unidas sobre Misiones Especiales de 1969

En Chile en nuestra legislación interna esto se encuentra regulado en el Decreto Ley N° 2349 del año 1978. En la Argentina, las inmunidades de jurisdicción están reguladas en la ley N° 24.488 del año 1995 que establece la tesis de la inmunidad relativa o restringida de jurisdicción.⁶

En el mundo de hoy, los fundamentos que justifican la existencia de las inmunidades de jurisdicción son los siguientes:

- Los Estados soberanos son iguales entre sí, y ninguno es superior a otro. Por eso todos ellos pueden ejercer libremente su soberanía, sin el temor de ser enjuiciados por los tribunales de otros Estados.⁷
- La convivencia internacional pacífica exige que los Estados no estén continuamente juzgándose unos a otros. De esta forma las inmunidades de jurisdicción tienden a fomentar las buenas relaciones entre los diferentes Estados.⁸

Según Mayer, las inmunidades de jurisdicción se justifican por la exigencia de cortesía internacional, la necesidad de un desarrollo fluido de las relaciones diplomáticas y porque tienen como fuente el derecho internacional público.⁹

Los sujetos beneficiarios de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución son los siguientes:

- El Estado extranjero y sus órganos: los actos de los Estados y de sus órganos están protegidos por la inmunidad de jurisdicción cuando actúan *iure imperii*, vale decir en el ejercicio de su potestad de *imperium*, cuando ejerce sus facultades exorbitantes.¹⁰

La inmunidad de jurisdicción cuando beneficia a los Estados y a sus órganos es esencialmente renunciable, tanto de manera expresa como tácita.¹¹

La posibilidad de que el Estado estipule sumisión a favor de la jurisdicción de tribunales extranjeros, renunciando así a la inmunidad, está reconocida en múltiples legislaciones, como

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

⁶ Scotti, Luciana, Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, página 225-226.

⁷ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015 páginas 378-379.

⁸ Ibid. página 379.

⁹ Ibid.. pág. 379.

¹⁰ Ibid, pág. 379

¹¹ Ibid, pág. 380; y Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 158-159.

es el caso de Chile.¹² En algunos países. Como Argentina, la inmunidad de jurisdicción opuesta por un Estado extranjero, está sujeta a que exista reciprocidad.¹³

- Otros entes internacionales y sus funcionarios: disponen de la inmunidad ciertas organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas.¹⁴
- Los agentes diplomáticos de Estados extranjeros y los Jefes de Estados extranjeros. Esta inmunidad se concede no en beneficio de las personas, sino que con el fin de garantizar el desempeño de sus funciones en cuanto representantes de los Estados.¹⁵ La inmunidad de los agentes diplomáticos estaba regulada anteriormente por la costumbre internacional, pero hoy está contenida en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.
- Las oficinas consulares y sus miembros, funcionarios y empleados consulares.

Esta inmunidad está establecida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Se concede en términos muy parecidos a la de los diplomáticos, pero se restringe sólo a los actos realizados en el ejercicio de funciones consulares.¹⁶

- Ciertos sujetos que realizan diversas funciones de cooperación internacional. Por ejemplo, fuerzas armadas extranjeras en determinadas circunstancias, buques extranjeros que desarrollan funciones estatales no comerciales, bajo el alero de ciertos Tratados Internacionales.¹⁷

6.- Distinción entre actos *iure gestionis* y *iure imperii*

Son actos *iure gestionis* aquellos realizados por el Estado a título privado, como mero particular, en los que no está implicada la soberanía estatal.¹⁸

Son actos *iure imperii* aquellos realizados por el Estado en ejercicio de la soberanía del Estado.¹⁹

Según la doctrina moderna, hoy solo los actos *iure imperii* quedan cubiertos por la inmunidad de jurisdicción y nunca los actos *iure gestionis*.

Se han propuestos dos criterios para distinguir en la práctica los actos *iure gestionis* de los actos *iure imperii*.

- Criterio de la finalidad pública: toda actividad del Estado dirigida a satisfacer una necesidad pública es un acto *iure imperii*.²⁰
- Criterio de la naturaleza del acto: si un acto solo puede ser realizado por un Estado por esta vinculado directa e inmediatamente con las funciones propias de la soberanía estatal, es un

¹² Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015, Pág. 381.

¹³ *Ibid.* Pág. 381

¹⁴ *Ibid.*, pág. 382; y Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 159.

¹⁵ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015, página 377.pág. 382.

¹⁶ *Ibid.* Página 384.

¹⁷ *Ibid.* Página 384.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 384; y Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 160

¹⁹ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015, pág 384 y Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 161

²⁰ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015, página 384 y Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 155-156.

acto iure imperii. Si el acto, en cambio, puede también ser realizado por un particular, por su naturaleza, es un acto iure gestionis.²¹

7.- Inmunidad de ejecución

Esta inmunidad significa que ciertos bienes del Estado extranjero son absolutamente inmunes a la ejecución, es decir, no se pueden ejecutar, vender, subastar, embargar. Etc.²² Si dichos bienes se ejecutan, tales actos serían nulos. La finalidad de esta inmunidad consiste en sustraer ciertos bienes del Estado extranjero a las medidas de ejecución de sus acreedores.²³

Los bienes cubiertos por esta excepción son los siguientes:

- Bienes de las misiones diplomáticas y consulares, incluidas las cuentas corrientes bancarias, con tal de que estén destinadas a las funciones de dichas misiones.²⁴
- Los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades de iure imperii.²⁵

Es importante señalar que las inmunidades de jurisdicción y de ejecución son autónomas entre sí: la inmunidad de jurisdicción es un límite al acceso a la jurisdicción; la inmunidad de ejecución opera en un momento posterior, impidiendo la ejecución forzosa de determinados bienes del Estado demandado.²⁶

Según algunos autores, la inmunidad de ejecución no es absoluta. Ella protege los bienes destinados a fines de poder público. Pero ésta se descarta si se acredita que los bienes amenazados de ejecución tienen un carácter privado.²⁷

8.- Incertidumbre jurídica

El default argentino dejó al desnudo el problema que plantean las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en los casos de cobros de deudas soberanas. Como bien lo indicaron Calvo Caravaca y Carrascosa González, la regulación de este tipo de inmunidades es inestable, poco definida y su aplicación práctica difiere de Estado a Estado y ello acarrea inseguridad jurídica.²⁸

Los embargos y medidas cautelares a bienes del Estado argentino como los que ocurrieron en los juicios entablados por los Fondos buitres comprueban este aserto.

En los EEUU, solo a modo de ejemplo, se dictaron cautelares sobre la residencia del embajador en Washington, la sede de la representación ante la OEA, la residencia de agregados militares en Washington, el avión presidencial Tango 01, las reservas del Banco Central de la Argentina y del Banco Nación en Nueva York, el satélite argentino Aquarius desarrollado junto a la NASA en Cabo Cañaveral y de patentes registradas a nombre de la Argentina.

En Francia, se llegó a precautoriar la Casa Museo del General José de San Martín en Boulogne Sur Mer. También se dictaron cautelares sobre bienes raíces y cuentas bancarias del Estado

²¹ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición Diciembre de 2015, pág. 385.

²² *Ibid.* Pág. 385

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibid.* Pág. 385

²⁵ *Ibid.* Pág. 386.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibid.* Pág. 387.

²⁸ Calvo Caravaca y Carrascosa González, Derecho Internacional privado, Volumen I, Editorial Comares, Granada, 17ª Edición, 2017, páginas 158

argentino en Suiza, Alemania y Bélgica. Por último, el caso más famoso fue el embargo de la Fragata Libertad en Ghana.

El fallo del juez Griesa y de la Corte de Apelaciones de Nueva York también ponen en peligro las reestructuraciones de deuda en la Unión Europea, particularmente la de Grecia, España, Portugal, Irlanda y Chipre. Ello porque no existe un sistema internacional que regule las cesaciones de pagos o defaults de Estados soberanos y sus consecuentes procesos de reestructuración. No existen procedimientos de quiebras o concursos de acreedores para Estados, que pongan término a las demandas y que obliguen a quienes no formen parte de dichos convenios, como si ocurre con empresas.

Urge regular este tema y la solución tiene que ser internacional.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES DE EMPRESAS INTERNACIONALES O GRUPOS DE EMPRESAS EN EL RUBRO MINERO

PÍA MOSCOSO RESTOVIC*

RESUMEN

Las acciones y omisiones de grandes corporaciones mineras internacionales evidencian una figura societaria donde la constitución y administración central están en un Estado, la explotación del mineral en Chile y el capital en un tercer Estado. Esta figura demuestra un caso clásico de posible conflicto internacional con “demandado plurilocalizado”. En los grupos de sociedades por subordinación, la dirección económica unificada se expresa a través de diversas técnicas de control. Existiendo pluralidad de sociedades jurídicamente independientes entre sí, entre ellas existe una relación de dependencia en la gestión económica que puede adoptar múltiples formas según el negocio del que se trate. La dirección unitaria de estas corporaciones internacionales demuestra que el hecho generador nace en un Estado y que influye sustancialmente en el acto material que se produce en otro Estado dando como resultado un daño extracontractual internacional.

Key words: *corporaciones, daño extracontractual internacional.*

ABSTRACT

Actions and omissions of international mining corporations show a corporate figure where constitution and central administration are in one State, exploitation is in Chile and capital in a third State. This figure demonstrates a classic case of possible international conflict with “pluri-localized defendant”. In groups of companies with unified economic management this figure shows many control techniques. There are a plurality of legally independent companies with relationship of dependence that can take multiple forms of business. The unitary direction of these international corporations shows that the generating event originates in one State influences the material act that takes place in another State. That is an international non-contractual damage.

Key words: *corporate, international non-contractual damage.*

1.- Introducción.

En el ejercicio de la jurisdicción internacional los tribunales abordan variedad de asuntos en múltiples áreas, existiendo alta posibilidad de cruces de materias con tribunales nacionales. Esto ocurre, por ejemplo, con la inversión extranjera amparada en tratados bilaterales de inversión (BITs por sus siglas en inglés, en Chile por el Decreto Ley 600). Asimismo y dentro de sus competencias están la Corte Interamericana de DD.HH y los paneles de solución de diferencias ante la OMC. La jurisdicción internacional es prolífica y es considerada una administración de justicia justa, legítima y eficaz por contribuir en el aseguramiento de la paz y

* *Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Atacama.*

con la promoción de los derechos humanos. Por su parte, los tribunales nacionales conocen de inversión extranjera cuando está en juego el respeto a los derechos humanos, frente a demandas de indemnización de perjuicios, reclamaciones de ilegalidad contra la Administración Pública, demandas de daño ambiental y/o solicitudes de mitigación, compensación y reparación ambiental. Mientras a nivel internacional se sientan principios comunes universales, a nivel nacional continúa el debate sobre cómo enfrentar las responsabilidades por malas prácticas de grandes corporaciones internacionales. Por esta razón, es necesario dar respuesta a uno de los vacíos que genera la fragmentación jurisdiccional internacional, esto es, la responsabilidad internacional de privados. En efecto, a falta de jurisdicciones de tribunales internacionales encargados de conocer sobre daños provenientes de la actividad privada, los tribunales nacionales han incursionado en temas tales como: normas de *ius cogens*, actuaciones de *due diligence*, el principio *favor laesi*, responsabilidad internacional, colaboración y/o reciprocidad internacional. En ausencia de medios compulsivos, la jurisdicción nacional es una instancia eficiente procedimentalmente para el reconocimiento del Derecho Internacional. De aquí que el desafío esté dirigido a determinar la competencia de los tribunales nacionales en relación con otros foros internacionales posibles *ratione materiae*. De esta forma, y más allá de las “culturas jurídicas” existentes en la comunidad internacional, es necesario analizar principios y valores jurídicos internacionales y su aplicabilidad en países como Chile, receptor de inversión extranjera en recursos naturales y *commodities*. En efecto, cuando entran en juego el crecimiento económico o la protección ambiental el problema de la competencia judicial internacional resulta de evidente importancia en materia de inversión extranjera¹.

2.- El daño internacional y las multinacionales mineras

A excepción del Código Bustamante y de disposiciones aisladas en el Código Civil y Código Procesal Civil, Chile no tiene normas especiales atributivas de competencia judicial internacional. Las normas que actualmente se aplican mantienen el paradigma nacionalista clásico de naturaleza causalista y de justicia retributiva.

Por otra parte, la actividad minera en Chile lidera los casos más sensibles en la opinión pública por grave afectación a ecosistemas. El mayor daño ambiental es atribuido a acciones y omisiones de grandes corporaciones mineras internacionales. Tales empresas, constituidas en otros países, tienen la administración central en un segundo Estado, explotan el mineral en Chile y mantienen el capital en un cuarto Estado. Esta figura obedece a un caso clásico de conflicto internacional con “demandado plurilocalizado”. Las normas vigentes en Chile datan de 1928 y no dan respuestas a esta realidad. En efecto, Chile -país emergente- basa su economía en la producción de materias primas o *comodities*. En este modelo de crecimiento, la legislación ambiental ha sido comparativamente más débil a la legislación vigente en los países donde se encuentra constituida la empresa internacional o donde la multinacional mantiene su administración central². La cuestión ambiental en Chile ha sido vista como un factor económico negociable. Tampoco es usual que los países emergentes se enfrenten entre sí en tribunales internacionales por asuntos de contaminación provocada por empresas multinacionales. En este escenario el mayor perdedor es el propio medioambiente. Estudios del rubro minero³ demuestran que el mayor obstáculo para la inversión minera en Chile,

¹ Desde la afectación a otros regímenes normativos en: Bermúdez Soto y Hervé Espejo, “La Jurisprudencia Ambiental Reciente: Tendencia al Reconocimiento de Principios y Garantismo con los Pueblos Indígenas”, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2013, pp. 237-255.

² Mortimore, Michael, Las transnacionales y la industria en los países en desarrollo, Revista Cepal, número 51, LC/G.1792-P/E, 1993, pp.15-36. Bielschowsky, Ricardo y Stumpo, Giovanni, Empresas transnacionales y cambios estructurales en la industria de Argentina, Brasil, Chile y México, Revista Cepal, LC/G.1858-P/E, número 55, 1995, pp.139-164.

³ Ferrada Nehme, Estudio Jurídico, Estudios en Derecho “Problemas que Afectan la Tramitación Ambiental de Proyectos Mineros”, Santiago, 2013. Disponible en: http://www.consejominero.cl/wpcontent/uploads/2016/03/Informe-Tramitaci%C3%B3n-Proyectos-Mineros_FN.pdf

asociado a temas ambientales, no es un sistema de responsabilidad más estricto, sino la falta de reglas claras en materia de responsabilidad ambiental y la multiplicidad de criterios, según tantos organismos con competencias ambientales se pronuncien sobre un mismo proyecto. El rubro minero alega exceso de instancias de judicialización, incluyendo sedes de revisión política. En este contexto, ¿cómo actúa la empresa minera en Chile? ¿Es realmente autónoma e independiente de la sociedad matriz ubicada en otro Estado? En caso de daño ambiental ocasionado por la sociedad minera en Chile ¿debería responder dicha empresa solamente con los bienes declarados en Chile? ¿Existirá una responsabilidad internacional de carácter privado que vincule a la casa matriz o a la empresa que lleva la dirección económica exclusiva del grupo de sociedades? ¿Es coherente el sistema chileno para casos de responsabilidad internacional? Tales preguntas constituyen el fundamento de este artículo. Posicionan el debate en la posibilidad de que un tribunal chileno sea competente por un daño ocurrido en Chile cuando el demandado es una empresa internacional plurilocalizada en varios países, resolviendo su competencia por el lugar donde se ha verificado el daño y aplicando estándares de responsabilidad exigibles en el país donde está la dirección económica unitaria. Todo lo anterior, en consideración a principios de responsabilidad internacional propios del Derecho Corporativo internacional y a las normas de Derecho Internacional Privado atributivas de competencia judicial y de legislación aplicable. Proponemos revisar el sistema de competencia judicial internacional y de legislación aplicable vigentes en Chile. En efecto, el objetivo está en alcanzar un sistema de responsabilidad privada flexible, moderna, eficiente, con diálogo judicial, con reconocimiento judicial recíproco, evolutivo y coherente⁴. Un sistema que rompe con el paradigma clásico de la jurisdicción. Son los albores del Derecho Global y Chile tiene el desafío -como país de la OECD- a no perder el liderazgo que han alcanzado otros países miembros de Pactos de Integración multilateral⁵, los que han desarrollado normas jurídicas acordes al contexto internacional, con reconocimiento de la jurisdicción internacional, en base a un Derecho Internacional *self executing*⁶. Si bien será necesaria la actualización legislativa general del Derecho Internacional Privado y estudios de *lege ferenda*, por ahora nos aproximaremos al problema con un análisis de *lege lata* o de interpretación de la normativa vigente, con el objeto de propender a la actualización dogmática de principios y normas internacionales aplicables en Chile relacionados con la competencia y la legislación aplicable en conflictos internacionales cuando la gran minería es sujeto pasivo plurilocalizado⁷. En efecto, el daño ambiental minero es efecto de una acción que se inició en el extranjero, con una decisión que aceptó sus consecuencias en nuestro país. De aquí que la pretendida autonomía e independencia de la sociedad minera en Chile puede estar eludiendo la responsabilidad de la sociedad matriz. En Chile, el tema es aún más complejo porque existen empresas de la gran minería mundial constituidas como “sociedades de responsabilidad limitada”⁸.

⁴ Kadner Graziano, Thomas, “The law applicable to cross-border damage to the environment. A commentary on article 7 of the Rome II Regulation”, in Yearbook of Private International Law, Vol. IX, Germany, 2007.

⁵ Moscoso Restovic, Pía M., “Interpretación del artículo 5.3 del Reglamento (ce) Bruselas I según los fines y principios de la competencia judicial civil internacional para los daños ambientales”, *International Law*, (20), 2012, pp.127-160.

⁶ Siqueiros, José Luis, “Ley aplicable y Jurisdicción competente”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, 2002, p. 187.

⁷ Sobre daños plurilocalizados ver: a) necesidad de tratamiento uniforme previa revisión legislativa; y b) previsibilidad de la ley aplicable y conexión más adecuada en materia ambiental en: Crespo Hernández, Ana, “Daños al Medio Ambiente y Regla de la ubicuidad en el art. 8 del futuro Reglamento Roma II”, *Revista para el Análisis del Derecho*, número 366, 2006, p. 16-17; c) sobre la Lex Loci Protectionis pensada para daños en países concretos y no diseñada para “ilícitos de masas” plurilocalizados en varios países en Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 2001, p. 565. Virgós Soriano, Miguel, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 134-136. Carrascosa González, Javier, “Ley aplicable a las patentes en Derecho Internacional Privado español”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, número 19, 2001, pp.38-39.

⁸ Empresas de la Gran Minería mundial del cobre y del oro tales como: Inversiones Barrick Conosur Limitada, Compañía Minera Barrick Chile Ltda., Freeport-McMoRan South America Ltda., Minera Escondida Limitada, Compañía Minera Zaldívar Limitada, Compañía Minera Cerro Colorado Ltda., y BHP Billiton Inversiones Ltda., entre otras.

3.- Grupos de Sociedades

Hablamos de responsabilidad de los grupos de sociedades, no porque la responsabilidad sea objeto de este trabajo, sino porque consideramos que el foro competente debe guardar coherencia con la realidad de la actividad empresarial internacional.

Para ilustrar este fenómeno, sirva la definición de empresa transnacional que entrega el ECOSOC⁹ a fin de confrontarla con el concepto jurídico de grupo de empresas:

“[Empresas transnacionales son] empresas (sea cual sea el país de origen o la titularidad, es decir que se trate de empresas privadas, públicas o mixtas) que se componen de entidades económicas que operan en dos o más países (sea cual sea su estructura jurídica y el sector de actividad), según un sistema de toma de decisiones (en uno o varios centros) que permite la elaboración de políticas coherentes y de una estrategia común, y en base al cual están unidas por vínculos de propiedad u otros vínculos, de tal forma que una o varias de ellas puedan ejercer una influencia importante en las actividades de otras y, en especial, compartir con estas otras entidades informaciones, recursos y responsabilidades.”

En efecto, las personas jurídicas que desarrollan su actividad empresarial a nivel internacional se desenvuelven a través de sociedades ubicadas en multiplicidad de lugares según se encuentren localizadas las necesidades de la producción, la extracción, el procesamiento, la manufactura, el depósito, la venta y/o la financiación¹⁰. A esta forma de organización internacional que suele denominarse “empresa transnacional”, es la que corresponde llamar en forma más precisa: “grupo de sociedades”.

Por su parte, en ámbitos integrados como el mercado interior europeo se fomenta la eliminación de obstáculos a los intercambios de tal modo que las empresas no se limiten a satisfacer necesidades puramente locales, en su lugar, se desarrollan proyectos a escala comunitaria¹¹. En América Latina, por su parte, los proyectos internacionales desarrollados por los grupos de sociedades tienen el centro económico en una sociedad norteamericana o europea, desarrollándose las fases de explotación en países americanos, algunos de los cuales como Chile es plataforma de negocios.

4.- Hecho generador en los grupos de sociedades

La configuración de un ilícito civil internacional adquiere mayor probabilidad cuanto más dispersa se encuentre la actividad empresarial. Dicho de otra forma, a menor autonomía y menor concentración de funciones en una sociedad (sea porque no controla la decisión, la gestión, la producción, la comercialización y/o la inversión) entonces existirá mayor dispersión internacional de la actividad capaz de configurar un ilícito civil internacional.

En este acápite, hablamos de empresas internacionales¹² en las que existe una alteración en la estructura patrimonial, como consecuencia del ejercicio de una “dirección económica unitaria”. De esta forma, el patrimonio de cada sociedad se administra como parte de un

⁹ Comisión de Empresas Transnacionales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) creada por resolución 1913 (LVIII) de 1974.

¹⁰ Sobre operación y organización de los grupos de sociedades para alcanzar cuotas de mercado ver: Duque Domínguez, Justino, “El Derecho de las empresas vinculadas”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 35, año IX, 1989, pp. 465 y ss. y Sánchez Calero, Francisco, “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, año 19, número 77, 2000, pp. 7-64.

¹¹ Considerando 1 del Reglamento (CE) No. 2157/2001 Del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

¹² El fenómeno del grupo de sociedades se inserta en uno más amplio denominado: concentración de empresas. Diferencias de conceptos en: Antonio-Carmelo, Agustín Torres, “Grupos de sociedades en Derecho español. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en el día 25 de abril de 1991”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXXI, 1992.

patrimonio global del grupo¹³. Si una de las sociedades no cumple con sus obligaciones, suele adoptarse una estrategia que protege sólo a aquellas sociedades filiales que interesan al grupo o que están sometidas a una relación jurídico-contractual de dependencia; en circunstancias que, en la mayoría de los casos, tal dependencia jurídica es muy difícil de probar o funciona en los hechos como una dirección económica, más que como una relación contractual¹⁴.

La sociedad es “responsable por el hecho propio” y es “responsable por el hecho de sus dependientes”. Sin embargo, si consideramos que la sociedad pertenece a un grupo internacional, entonces la responsabilidad puede extenderse a filiales con las cuales no existe una relación de dependencia en el sentido tradicional de la teoría de la responsabilidad contractual o extracontractual, pero con la cual si existe una relación de dirección y obediencia económica.

Por estas razones, y en la medida en que el legislador va conceptualizando el fenómeno en base al carácter económico de la dirección, entonces nace el postulado sobre la responsabilidad del grupo empresarial extensivo por todas las sociedades que forman parte del mismo. De esta forma, resulta indiferente que el daño se haya localizado en uno de los países, si la decisión se adoptó en otro.

El ilícito civil internacional, explica su internacionalidad por la estructura de la empresa. Esto quiere decir que, con independencia de las personas naturales que resulten responsables del daño, o de las sociedades que están relacionadas en situación contractual de dependencia, resulta ser que la empresa-grupo en su totalidad es responsable de los daños.

Directrices de la OECD están de acuerdo en este punto¹⁵:

“Commentary on General Policies: 9.- The Principles extend to enterprise groups, although boards of subsidiary enterprises might have obligations under the law of their jurisdiction of incorporation. Compliance and control systems should extend where possible to these subsidiaries. Furthermore, the board’s monitoring of governance includes continuous review of internal structures to ensure clear lines of management accountability throughout the group.”

En lo que a nosotros interesa, el grupo de sociedades debe asumir los costos de la litigación internacional tanto en el lugar donde se han producido los daños, como también y muy especialmente, asumir el costo de la opción del demandante a dirigir su acción ante el juez del lugar donde se encuentra la sociedad que mantiene la dirección económica del grupo y donde se adoptaron las decisiones a sabiendas o no pudiendo menos que prever las consecuencias ambientales que se generaría en otro Estado (en el de la sociedad filial u otro).

Entonces, será juez competente aquél del lugar donde la empresa-grupo tiene la dirección económica, como aquél del lugar donde se han manifestado los daños de una acción que obedeció a la política y estrategia del grupo.

Al respecto, el foro del artículo 5.3 del Reglamento Comunitario europeo 44/2001 Bruselas I no ha definido qué se entiende por hecho dañoso, de modo que en el caso europeo la

¹³ La Ley Alemana (aktiengesetz) del 6 de septiembre de 1965, artículo 18 y en general países de origen germano (Alemania, Austria, Suiza u Holanda) tienen un vocablo específico que designa el fenómeno: “Konzern”. Asimismo, el Código das Sociedades Comerciais portugués de 2 de septiembre de 1986, contiene normas societarias especiales para los grupos de sociedades.

¹⁴ Embid Irujo, J.M., “Los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario y español”, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1990, Vol. 67, pp.31-54. Sobre grupos de empresa con base contractual ver: Fernández de Araoz y Gómez Acebo, Alejandro, “Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia”, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, pp. 5357-5424.

¹⁵ OECD, Guidelines for Multinational Enterprises. 2011 Edition. Asimismo, ver: II. General Policies.- “Enterprises should take fully into account established policies in the countries in which they operate, and consider the views of other stakeholders. In this regard: A.- Enterprises should: 6. Support and uphold good corporate governance principles and develop and apply good corporate governance practices, including throughout enterprise groups”.

jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha ubicado el “hecho generador” (elemento del hecho dañoso) en el lugar donde se ubica “la causa” del daño.

Por otra parte, analizando la normativa comparada, si bien el foro del artículo 5.3 del Reglamento Comunitario europeo Bruselas I ha sido establecido como un foro especial en relación al del artículo 2 del mismo Reglamento (que se refiere al domicilio del demandado) esta especialidad del foro no debe hacernos perder de vista que el domicilio del demandado es un foro que se aplica por defecto y aún con prioridad en ciertos casos (especialmente aquellos en los que el daño extracontractual se ubica en un país extracomunitario) al artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I.

De esta forma, en los casos en los cuales una empresa está formada por un grupo de sociedades el hecho generador pudo localizarse en la sociedad controladora, en la sociedad matriz o en la sociedad con influencia determinante en la acción cuyas consecuencias arrojan un daño en un tercer Estado.

El apoyo normativo para sostener este argumento se encuentra en el Derecho comparado en los siguientes artículos: artículo 60.1 del Reglamento Bruselas I y artículo 7 del Reglamento comunitario que aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea. El primero señala:

Artículo 60. 1. “A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre:

- a) su sede estatutaria;*
- b) su administración central;*
- c) su centro de actividad principal.”*

Por su parte, el artículo 7 del Reglamento comunitario que aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea (SE)¹⁶, establece:

Artículo 7. “El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”.

Por tanto, en los países comunitarios en los que se aplica este Reglamento es posible que los grupos de sociedades localicen el hecho generador en la sociedad matriz, o en aquella sociedad que mantiene la dirección económica del grupo.

Detractores de este postulado podrían argumentar la multiplicidad de foros que se abrirían en caso de que se entregara un derecho de opción al demandante para presentar su demanda a su arbitrio ante: el lugar donde la empresa tiene la sociedad que ha ocasionado materialmente el daño ambiental y el lugar donde la empresa tiene la sociedad controladora, matriz o con influencia dominante. Sin embargo, no podemos desconocer que la empresa transnacional existe porque actúa valiéndose de las ventajas comparativas que le ofrecen los Estados y sus mercados. Algunas de estas ventajas radican en menores costes en caso de daño ambiental o menor responsabilidad civil asociada a un daño ambiental. Razones de justicia distributiva y la necesidad de evitar el dumping ambiental nos motivan a promover como lugar del “hecho generador” aquél donde se encuentra la sociedad controladora, matriz o sociedad con influencia dominante en la dirección económica de una empresa transnacional.

Por otro lado, el conocido problema de la prueba del daño extracontractual puede motivar a radicar el asunto en la jurisdicción más cercana a los daños. Sin embargo, esta jurisdicción sólo puede ser absoluta en dos casos: a) respecto de las medidas cautelares que pueden frenar el daño ambiental y b) respecto de las medidas tendientes a acreditar un daño ambiental. Sin

¹⁶ Sobre el domicilio en la sociedad europea, ver Reglamento (CE) No 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO L 294 de 10.11.2001, p.1).

embargo, no es necesariamente absoluta respecto de la prueba del daño civil, tampoco es absolutamente eficaz respecto de las medidas cautelares patrimoniales que puedan recaer sobre los bienes que la empresa tenga situados en otros Estados.

De lo anteriormente expuesto puede resultar que el asunto radique competencia en jueces de distintos Estados, resulta entonces, que la extensión del foro establecido en el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I, debe considerar no sólo la extensión de los daños sino que debe abordar también la extensión de la acción. Dicho en otros términos, la competencia judicial internacional debe determinar a qué Estados se extiende la acción dolosa o culpable que originó el daño y que se entiende como “hecho generador”.

Finalmente, los beneficios de la homogeneización judicial internacional y los alcances mundiales que ejemplos como el Reglamento comunitario Bruselas I puede aportar aplicándose a países extracomunitarios, son motivos que justifican ampliamente la perspectiva de aplicación universal del Reglamento Bruselas I.

5.- Hecho generador y relaciones de dominio, control e influencia en Grupos de Sociedades.

La noción de grupo de sociedades se asocia a una técnica de organización de la empresa moderna, que se opone a los modelos societarios tradicionales. Surge como una estrategia de crecimiento “externo” para alcanzar mercados internacionales. En la actualidad se ha consolidado como una forma de organización en base a la unificación del control en los operadores económicos¹⁷. Hablamos de la “dirección económica unitaria” que caracteriza al grupo de sociedades y que actualmente utilizan todas las empresas multinacionales. En este acápite profundizaremos en la noción de “dirección unitaria” a efecto de ubicar el hecho generador en la sociedad que mantiene el dominio, el control o la influencia dominante en el grupo de sociedades.

La dirección unificada, a la que nos referimos, opera a través de un sistema jerarquizado en el cual las sociedades filiales son controladas por órganos de administración que obedecen a políticas, estrategias, planes y hasta a programas elaborados por la sociedad matriz o sociedad titular de la dirección unitaria. De esta forma, las sociedades filiales (usualmente aquellas que concentran la producción y están más expuestas a ocasionar un daño extracontractual) sólo mantienen una relativa autonomía o una autonomía “de papel”. Este fenómeno se evidencia también en aquellas sociedades filiales que están organizadas como sociedades anónimas y que exhiben órganos de poder descentralizado tales como Juntas de Accionistas, comités de

¹⁷ Sobre organización, teoría y clases de grupos de sociedades ver: Agustín Torres, A.C., “Grupo de sociedades en Derecho español”, AAMN, 1992, p. 233. Arriba Fernández, M.L., Derecho de los Grupos de Sociedades, Madrid, 2009. Blázquez Lidoy, A., El régimen de los grupos de sociedades en la Ley 43/1995, Madrid, 1999. Cano López, A., “El fenómeno de las uniones de empresas en el ámbito de la economía social: los grupos de sociedades laborales”, en Derecho de Sociedad. Libro Homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero, Vol. V, Madrid, 2002, p. 5229. Córdor López V. Y Pina Martínez, V., “Los grupos de sociedades en la legislación mercantil”, Actualidad Financiera, número 30, p. 1849. Duque Domínguez, J.F., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en en Derecho de Sociedad. Libro Homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero, Vol. V, Madrid, 2002, p. 5303. Embid Irujo, J.M., Introducción al Derecho de Iso grupos de sociedades, Granada, 2003. Embid Irujo, J.M., Grupos de Sociedades y Derecho concursal, Estudios sobre la ley concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, T.II., Madrid, 2005, p. 1885. Fernandez Markaida, I., Los Grupos de sociedades como forma de organización empresarial, Madrid, 2001. Fuentes Naharro, M., Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria), Madrid, 2007. Fuentes Naharro, M., Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007, Revista de Derecho de Sociedades, número 30, 2008, p. 401. Rafael Sarazá, Jimena, “Responsabilidad concursal y grupos de sociedades”, Anuario de Derecho concursal, número 10, 2007, pp. 229-264. Ramírez Otero, Lorena, “El control y los grupos de sociedades”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, número 5, 2001, pp. 629-663. Sánchez-Calero Guilarte, Juan, “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, Anuario de Derecho Concursal, número 5, 2005, pp. 7-60. Vásquez, María Fernanda, “Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)”. en Fuentes Naharro, M. Thomson-Civitas, Colección Estudios de Derecho Mercantil, 2007, 546 p. Recensión en Revista Ius et Praxis, Año 13, número 2, Talca, Chile, pp. 453 – 460.

Vigilancia o Controles de Auditoría internos¹⁸. Esta particular forma organizativa explica el funcionamiento del grupo y viene a cambiar el postulado tradicional sobre separación de poderes dentro de una sociedad. En suma, la autonomía de la filial es relativa porque se subordina a una dirección externa.

En los grupos de sociedades, el accionariado difundido y la presencia de sociedades con alto grado de autonomía en la ejecución, nos conduce a hablar en sentido más propio de grupo de sociedades por subordinación¹⁹.

En los grupos de sociedades por subordinación, la dirección económica unificada se puede expresar a través de diversas técnicas de control. En otras palabras, existiendo pluralidad de sociedades jurídicamente independientes entre sí, pervive entre ellas una relación de dependencia en la gestión económica que puede adoptar múltiples formas según el negocio del que se trate²⁰.

En todos los casos, determinar la forma de control que se ha adoptado el grupo obliga a hacer un estudio sobre los órganos de administración de las sociedades que forman parte del grupo a objeto de determinar cuál de dichas sociedades posee el poder de dirección e influencia sobre el resto²¹. En efecto, las sociedades anónimas (y en general todas las formas societarias de capital y aún la sociedades de responsabilidad limitada que se organizan en base a Juntas generales y Directorio) han desplazado el poder de la Junta General de socios a los órganos de administración y gerencia²², en los cuales también han depositado la dirección económica de la sociedad.

De esta forma, el grupo resulta ser dirigido por intereses que exceden a los intereses de las sociedades individualmente consideradas que forman parte de él. La prosperidad y el prestigio de la empresa priman por sobre el beneficio distribuable entre los socios. Cuestión que resulta especialmente clara desde la perspectiva de los socios de sociedades filiales.

De esta forma, el control que se ejerce en los grupos de sociedades respeta la forma jurídica de cada sociedad y su organización interna, pero influye sustancialmente en las decisiones económicas de la sociedad que pertenece al grupo. Por esta razón, el control económico del grupo debe explorarse en los órganos societarios que tienen el poder real de decisión en la marcha económica de la sociedad, y entre ellos muy especialmente en los órganos de administración.

En razón de lo anterior y aunque el proceso societario es - en principio - unitario, resulta que existen etapas en la gestión que por su carácter de estratégicas son capaces de ilustrar si la sociedad es tributaria o no de una dirección económica externa.

¹⁸ Engracia Antunes, José A., *Os grupos de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 52.

¹⁹ Aproximación al concepto de subordinación en: Duque, Justino F, y Ruiz Peris Juan Ignacio, *Los Grupos en el Ordenamiento Jurídico: Grupos de sociedades, cooperativas y grupos por subordinación integrados por entidades de economía social*, en *grupos empresariales de la Economía Social en España*, Valencia, 1999.

²⁰ En los grupos de sociedades de base contractual las directrices están determinadas por el contrato de dominación y por la legislación. Formas contractuales de grupos de sociedades en: Embid Irujo, José Miguel, "El contrato de constitución del grupo en el derecho español", Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, pp.5323-5356. Fernández de Araoz y Gómez Acebo, Alejandro, "Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia", Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, pp. 5357-5424.

²¹ Domínguez Ruiz de Huidobro, Adolfo, "Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho", Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 2, 2002, pp. 1299-1321

²² () A modo de ejemplo, la reforma de 1971 a la Ley holandesa de sociedades, vino a desautorizar a la Junta General en el nombramiento de los administradores, a objeto de dar legalidad al poder de los administradores y de hacerles responsables por sus actos de gestión. Otros efectos en: Ruiz-Rico Ruiz, Catalina, "La autocontratación en el grupo de sociedades", Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, pp.5443-5464.

Por estas razones la producción de un daño obedece en realidad a un proceso cuyo hecho generador pudo estar ubicado en un tiempo y en un lugar muy distinto al lugar donde se manifiestan los daños ambientales.

En efecto, en este tipo de sociedades, la gestión admite distintas etapas (programación, dirección, ejecución y control). De dichas etapas, dos de ellas son estratégicas para el establecimiento de una unidad económica, son: la programación y la dirección. Estas etapas definen qué sociedad tiene el poder de decisión²³. Asimismo definen el lugar donde se adoptan las decisiones.

Por otro lado, el control es un concepto que no ha sido definido o limitado por el legislador²⁴. El control opera como presupuesto para la formación del grupo; pero existen relaciones de control que no necesariamente hablan de la existencia de un grupo de sociedades. Por esta razón, más que control, es necesario que exista “la aptitud” de dirección en la gestión de otra sociedad. En esto consiste la diferencia entre control e influencia dominante. Para que exista un grupo de sociedades basta con que exista influencia dominante, porque el ejercicio del control es potencial y permanente.

Esto viene a explicar en parte, porqué existe escaso desarrollo de definiciones legales sobre grupo de sociedades. En efecto, suele entenderse que ha operado una presunción que consiste en probar la existencia de influencia dominante de una sociedad sobre las otras, para que se presuma que dicha sociedad tiene la dirección unitaria del grupo²⁵. Sin embargo, el escaso desarrollo de definiciones legales sobre los grupos de sociedades, no debería impedir a la jurisprudencia estar en condiciones de comprender el fenómeno, determinar sus alcances y proteger los derechos de los demandantes que se encuentren en situación cualitativamente desprotegida en relación con el poder de anticipación y previsión que es exigible de un grupo de sociedades o empresa transnacional.

Finalmente, una de las sociedades del grupo puede tener el control en el desarrollo de un proyecto internacional que vincula a varias sociedades del grupo. En este caso, si se prueba que ese control es planificado y estable en el tiempo (de tal modo que no se refiera solamente a un negocio en concreto o a una situación puntual) entonces estaremos frente a un grupo de sociedades que obedece a una dirección unitaria, conforme a la cual se produce un hecho generador que influye sustancialmente en el acto material que tiene como resultado un daño extracontractual.

6.- Conclusión

Las corporaciones dedicadas al rubro minero, son grupos de sociedades internacionales donde la administración central está en un Estado, la explotación en otro y el capital en un tercer Estado. Si bien esta figura se muestra como varias empresas legalmente independientes, en realidad son una sola plurilocalizada. Asimismo, el riesgo de daño está plurilocalizado. Sin perjuicio de lo anterior, estos grupos de sociedades actúan por subordinación a una dirección económica unificada que utiliza diversas técnicas de control. En efecto, existiendo pluralidad de

²³ El control en cambio, juega un rol en la formación, pero en los grupos de sociedades hablaremos más de influencia y de dirección unificada. Concepto unitario de control en: Ramírez Otero, Lorena, “El Control y los Grupos de Sociedades”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Número 5, 2001, pp. 650-663.

²⁴ Vgr. El artículo 42.1 del Código de Comercio español no establece un concepto de control. Pero enumera supuestos de hecho en los cuáles parece considerar que entre las sociedades existe una relación de dominio.

²⁵ Sobre influencia dominante ver: Franch Fluxà, Juan, Grupo de sociedades como institución jurídica, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2009. Fuentes Naharro, Mónica, “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2008. Aylwin Chiellini, Andrés y Rojas Miño, Irene, “Los grupos de empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho comparado”, *Ius et Praxis*, V. 11, número 2, Talca, 2005. Arriba Fernández, María Luiza, Derecho de grupos de sociedades, Civitas, 2009. Montiel Fuentes, Carlos Mario, “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”, *Revista e-Mercatoria*, Vol. 8, número 1, 2009.

sociedades jurídicamente independientes entre sí, entre ellas existe una relación de dependencia en la gestión económica del negocio minero.

Por estas razones el hecho generador de un daño internacional que nace en un Estado y que se manifiesta sustancialmente en otro Estado puede categorizarse como daño extracontractual internacional.

CONCURRENT DELAYS (ATRASOS CONCURRENTES) EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN SEGÚN EL DERECHO COMPARADO

ESTEBAN OVALLE*

RESUMEN

En el mundo de los arbitrajes comerciales internacionales, los conflictos en materia de contratos de construcción han ido en progresivo aumento. Una de las principales causas de conflicto entre Contratista y Propietario radica en la existencia de atrasos en la ejecución de la obra. La ocurrencia de dos o más eventos de retraso, uno de responsabilidad del Propietario y otro del Contratista, cuyos efectos se producen durante un mismo tiempo, es lo que conocemos como atraso concurrente. En lo fundamental y aislando por un momento sus complejidades, se trata de una materia típica de causalidad y sentido común.

Palabras clave: *Atrasos Concurrentes, Retrasos Concurrentes, Contrato de Construcción, Causalidad, Contratista, Propietario, Extensiones de Tiempo.*

ABSTRACT

In the field of international commercial arbitration, disputes concerning construction contracts have been steadily increasing. One of the main causes of conflict between the Contractor and the Employer is the delay in the execution of the work. The occurrence of two or more delay events, one an Employer Risk Event and the other a Contractor Risk Event, whose effects are felt at the same time, is commonly known as a Concurrent Delay. Basically and isolating its complexities for a moment, it is a typical matter of causation and common sense.

Key words: *Concurrent Delays, Construction Contract, Causation, Contractor, Employer, Extension of Time.*

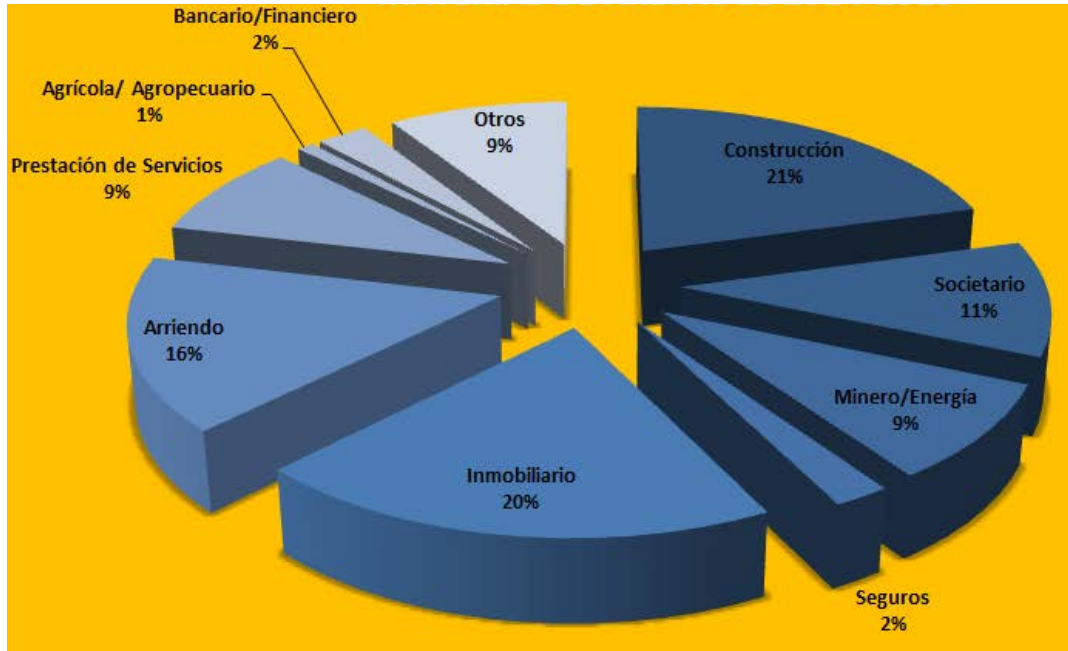
I. El estudio de los Atrasos Concurrentes, en lo fundamental, trata de una materia típica de causalidad, donde la casuística, la lógica y el sentido común deben tener un lugar preponderante

En los últimos años hemos presenciado un alza permanente en los índices de conflictos en los contratos de construcción.¹ Según las estadísticas del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM) para los años 2014 y 2015, la materia de mayor conflictividad fue la construcción, período en el que esta última representó el 21% de las materias de arbitrajes.

* *Abogado en Ovalle Gazzana & Bulnes Abogados Ltda.*

¹ <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=324985>; <http://www.latercera.com/noticia/montos-juicios-la-construccion-alcanzan-549-del-contrato-original/>; y <http://www.mch.cl/2014/10/08/al-menos-una-de-cada-10-obras-de-construccion-se-juicializa/>.

MATERIAS DE ARBITRAJE 2014-2015



A su vez, los conflictos en los contratos de construcción dicen relación, normalmente, con atrasos y mayores costos, donde las partes suelen imputarse recíprocamente la responsabilidad.

De un lado, es común ver *claims*, demandas o pretensiones del contratista o constructor solicitando aumentos de plazo (conocidas como Extensiones de Tiempo o “EoT” por sus siglas en inglés) e indemnización por mayores costos, es decir, solicitudes de *tiempo y dinero*. Por su parte, el mandante o propietario comúnmente demandará las multas por atraso (*Liquidated Damages for Delay*) o perjuicios reales, según fuere el caso.

Es precisamente en este tipo de conflictos donde aparecen cada vez con mayor relevancia el estudio de los denominados atrasos concurrentes o *concurrent delay* por su denominación en inglés. Es posible que la mayoría de los juicios de construcción, sucesivamente más complejos, exija del tribunal competente, comúnmente de modo implícito, un pronunciamiento respecto de atrasos concurrentes.

En simple, los atrasos concurrentes suponen la coexistencia de, al menos, un hecho imputable al contratista o constructor y de un hecho imputable al mandante o propietario, que ha tenido el efecto de atrasar la terminación de las obras. El estudio de los atrasos concurrentes persigue determinar cómo ha de distribuirse entre las partes la responsabilidad del atraso, tanto en cuanto al tiempo como en relación con los mayores costos que implique la prolongación de las obras.

El propósito de esta presentación es dar una mirada general a esta materia, para esbozar una conclusión: Que, si bien cada día el análisis de un *concurrent delay* es más profundo y técnico, donde los métodos, la tecnología, la jurisprudencia y las teorías podrían dar la apariencia de una ciencia más bien oscura, en lo fundamental se trata de una materia típica de causalidad, donde la casuística, la lógica y el sentido común deben tener un lugar preponderante.

II. ¿Qué son los atrasos concurrentes?

No conocemos definiciones legales –al menos explícitas- de lo que debe entenderse por atrasos concurrentes. De hecho, la concurrencia de atrasos es una materia en ciernes y aún polémica,

razón por la cual es posible encontrar –especialmente a nivel comparado- diferentes puntos de vista sobre el enfoque correcto para lidiar con ella.

A pesar de no tratarse de una definición pacífica ni compartida íntegramente por nosotros, nos basaremos en la definición de “*The Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol, 2nd Edition Feb 2017*” (en adelante “Protocolo de la SCL”²).

Previo a exponer esta definición, parece conveniente explicar que “*The Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol*” es una institución fundada en el año 1983, que promueve el estudio, la investigación y el interés en materias ligadas al derecho de construcción y sus temas relacionados, tanto en el Reino Unido como en el extranjero, con una marcada influencia del derecho inglés. Cuenta con más de 2.800 miembros pertenecientes a diversos sectores de la industria de la construcción. Dentro de sus labores, genera instrumentos que, sin ser vinculantes, sirven como directrices para orientar y guiar a las partes contratantes en procesos de construcción. Por lo tanto, el Protocolo de la SCL no es más que una guía para que los problemas de construcción –y dentro de ellos de la concurrencia- puedan ser reconocidos y resueltos de manera consistente como parte del análisis general del atraso en una construcción.

Es en su numeral 10 donde el Protocolo de la SCL define *concurrent delay*, manifestando lo siguiente:

“10. Atraso Concurrente - Efecto sobre el derecho a EoT (Extensión de Tiempo)

El atraso concurrente es la ocurrencia de dos o más eventos de retraso, al mismo tiempo, uno de cargo del Propietario y el otro de cargo del Contratista, cuyos efectos se producen al mismo tiempo. Para que exista un atraso concurrente, tanto el evento de riesgo del Propietario como el evento de riesgo del Contratista deben ser causas efectivas para retrasar el término de la obra (esto es, ambos retrasos deben afectar la ruta crítica). Si el atraso del Contratista que retrasa el término de la obra ocurre o tiene un efecto concurrente con un atraso del Propietario que también afecta el término de la obra, la demora concurrente del Contratista no debe afectar ninguna Extensión de Tiempo a la que tenga derecho.”³

Desde ya destacamos algunas observaciones a esta definición:

1. Se le crítica porque, de seguirse, sería prácticamente imposible encontrar un atraso concurrente. Dicha definición exige que los atrasos del Contratista y del Propietario ocurran “al mismo tiempo”, lo que transformaría al atraso concurrente en algo de rara ocurrencia. Uno de los casos en que dicha restrictiva hipótesis sí podría darse es en el inicio del contrato, donde, por ejemplo, el Propietario no logra otorgar acceso al sitio, pero el Contratista tampoco dispone de recursos movilizados para llevar a cabo el trabajo.
2. Por lo anterior, se ha estimado –incluso por el propio Protocolo de la SCL- que un uso más común del término *concurrent delay* concierne a dos o más atrasos que, no obstante puedan comenzar en diferentes momentos, sus efectos –o parte de ellos- se producen al mismo tiempo.
3. Por lo anterior, es común que se diga que es más preciso hablar de “*concurrent effect of sequential delay events*” más que de “*concurrent delay*”. Sin embargo y aceptando la indicada observación, para los efectos de esta presentación nos referiremos a *concurrent delay* entendiendo por tales a un *concurrent effect of delay events*.

² www.scl.org.uk

³ Traducción libre al castellano de: “Concurrent delay – effect on entitlement to EOT.- 10. True concurrent delay is the occurrence of two or more delay events at the same time, one an Employer Risk Event, the other a Contractor Risk Event, and the effects of which are felt at the same time. For concurrent delay to exist, each of the Employer Risk Event and the Contractor Risk Event must be an effective cause of Delay to Completion (i.e. the delays must both affect the critical path). Where Contractor Delay to Completion occurs or has an effect concurrently with Employer Delay to Completion, the Contractor’s concurrent delay should not reduce any EOT due”.

III. ¿Qué se intenta resolver a través del estudio de los atrasos concurrentes?

Al hablar de atrasos concurrentes y sus métodos en realidad se habla de dos cosas parecidas, pero distintas:

- (i) Si existen Atrasos Concurrentes o no, y
- (ii) De existir Atrasos Concurrentes, cómo se distribuye la responsabilidad de la demora en la terminación de las obras. A su vez, la distribución de esta responsabilidad supone dos cuestiones distintas pero relacionadas:
 - Si el Contratista tendrá o no derecho a una Extensión de Tiempo (EoT) y, consecuentemente, si el Propietario tendrá o no derecho multas por atraso (*Liquidated Damages for Delay*) o perjuicios reales, según fuere el caso, y
 - Si el Contratista tendrá, además, derecho a mayores costos asociados al atraso.

En adelante nos referiremos separadamente a estas materias.

1. ¿Cómo se determina si existen atrasos concurrentes?

Para que nos enfrentemos a un problema de concurrencia se deben satisfacer los siguientes requisitos:

- (i) Deben existir al menos un hecho imputable a (o de riesgo del) Contratista y un hecho imputable al (o de riesgo del) Propietario

En el cuadro siguiente se expone el clásico ejemplo de atrasos concurrentes (que además ocurren o comienzan al mismo tiempo), en el que el Contratista se atrasa 12 días al no movilizar a los trabajadores durante los primeros 12 días del contrato y el Propietario, desde el inicio del contrato, tarda 10 días en despejar el camino para poder movilizar a los trabajadores. Entonces, en este caso se trata de 10 días de atrasos concurrentes, según se grafica a continuación:

Corte de camino por Aluvión v/s Escasez Mano de Obra														
Eventos	Dur Prog.	Escala Temporal en Días												
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
1	Evento A	12												
	Evento B	6												

Corte de camino por Aluvión v/s Escasez Mano de Obra													
Eventos	Dur Prog.	Escala Temporal en Días											
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
2	Evento A	12											
	Evento B	10											

Otro ejemplo, es aquél en que el Contratista se atrasa 12 días al no movilizar a los trabajadores durante los primeros 12 días del contrato, y el Propietario, desde el día 5 del contrato, tarda 8 días en despejar el camino para poder movilizar a los trabajadores. En este caso, se trata de 8 días de atrasos concurrentes, según se grafica a continuación:

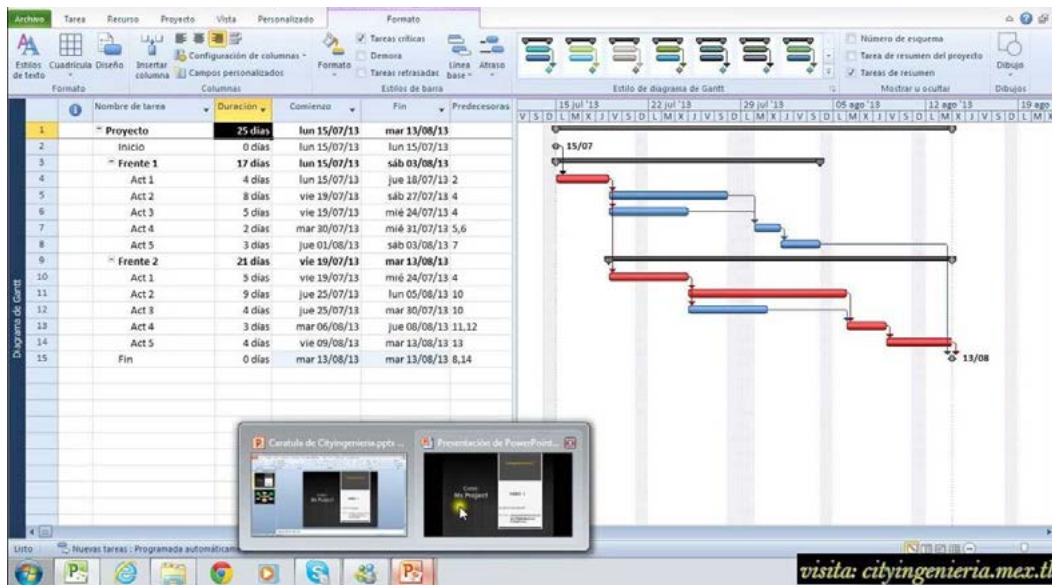
Corte de camino por Aluvión v/s Escasez Mano de Obra													
Eventos	Dur.	Escala Temporal en Días											
		Prog.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
3	Evento A	12	[Barra de actividad]										
	Evento B	8	[Barra de actividad]										

Corte de camino por Aluvión v/s Escasez Mano de Obra													
Eventos	Dur.	Escala Temporal en Días											
		Prog.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
4	Evento A	12	[Barra de actividad]										
	Evento B	12	[Barra de actividad]										

Como lo decíamos, no es indispensable que ambos hechos ocurran al mismo tiempo, pero sí que sus efectos se presenten concurrentemente, al mismo tiempo, como se reproduce en este último ejemplo. Más que tratarse de *concurrent delays*, este ejemplo dice relación con los atrasos subsecuentes o *concurrent effect of sequential delay events*.

(ii) Que los atrasos de ambas partes provoquen un retraso en la Terminación de las Obras (“*Completion Date*”), por lo que debe tratarse de atrasos que afecten la *ruta crítica de la obra*

Carecen de relevancia, entonces, los denominados *atrasos no críticos*, vale decir, aquellos atrasos que no tienen el efecto de retrasar toda la obra. El cuadro siguiente simula un programa de obras, donde las actividades críticas se destacan en rojo:



La concurrencia no se convierte en un problema a menos que cada uno de los eventos, tanto de cargo del Propietario como de cargo del Contratista, conduzcan a un retraso en la terminación de la obra. Por lo tanto, para que existan atrasos concurrentes, cada uno de los eventos de cargo del Propietario y del Contratista deben ser una causa efectiva del retraso en el término de la obra (no meramente incidental a ésta).

Desde una perspectiva práctica, el análisis de los efectos de los atrasos concurrentes es más simple si considera sólo aquellos hechos que tendrán como resultado el retraso en el término de la obra, en lugar de considerar todos los eventos en el programa de la obra. Resulta entonces recomendable que durante la misma vigencia del proyecto las partes vayan discerniendo oportunamente –en la medida de lo posible– acerca de si un atraso es crítico o no. Descartar atrasos por la evidencia de no ser críticos, tiene la bondad de evitar el a veces complejo y desgastante trabajo que supone impactar la ruta crítica de la obra con los atrasos de las partes para determinar si el Contratista tendría derecho a una EoT y mayores costos y, ergo, si el Propietario tendría derecho o no a daños por la mora.

También se excluyen aquellos atrasos que, siendo naturalmente críticos, luego dejan de serlo al ser suficientemente *mitigados*.

En relación con la necesidad que los atrasos impacten la ruta crítica, nos interesa resaltar una reciente evolución en el Protocolo de la SCL para una hipótesis muy común: un hecho imputable al Contratista da lugar a 12 días de atraso. De forma independiente y unos días más tarde, el Propietario instruye una modificación (*variation*), la que en ausencia del precedente atraso del Contratista para el término de la obra, se traduciría en un retraso de 6 días del Propietario para el término de la obra, entre los días 5 y 10 del atraso del Contratista, como se grafica en el siguiente cuadro:⁴

⁴ “10.7 From a legal perspective, there are two competing views as to whether an Employer Delay is an effective cause of Delay to Completion where it occurs after the commencement of the Contractor Delay to Completion but continues in parallel with the Contractor Delay. This can be illustrated by the following example: a Contractor Risk Event will result in five weeks Contractor Delay to Completion, delaying the contract completion date from 21 January to 25 February. Independently and a few weeks later, a variation is instructed on behalf of the Employer which, in the absence of the preceding Contractor Delay to Completion, would result in Employer Delay to Completion from 1 February to 14 February.

10.8 On one view, the two events are both effective causes of Delay to Completion for the two week period from 1 to 14 February because they each would have caused Delay to Completion in the absence of the other (with the subsequent delay from 15 February to 25 February caused by the Contractor Risk Event alone). This view may be supported by older English appeal court cases (no doubt predating critical path analysis) which provide that if the failure to complete the works is due in part to the fault of both the Employer and the Contractor, liquidated damages will not be payable. In a situation like the example described in paragraph 10.7 above, it can be argued that both the Employer Risk Event and the Contractor Risk Event are in part the cause of the Delay to Completion.

10.9 On the other view, the Employer Delay will not result in the works being completed later than would otherwise have been the case because the works were already going to be delayed by a greater period because of the Contractor Delay to Completion. Thus, the only effective cause of the Delay to Completion is the Contractor Risk Event. This is the consistent position taken in recent lower level English court decisions.

10.10 The Protocol recommends the latter of these two views, i.e. that where an EOT application relating to the situation referred to in paragraph 10.7 above is being assessed, the Employer Risk Event should be seen as not causing Delay to Completion (and therefore there is no concurrency). Concurrent delay only arises where the Employer Risk Event is shown to have caused Delay to Completion or, in other words, caused critical delay (i.e. it is on the longest path) to completion. The Protocol cautions that this recommendation would have to be re-considered were an appeal court to take a different approach to this issue”.

Corte de camino por Aluvión v/s Escasez Mano de Obra												
Eventos	Dur Prog.	Escala Temporal en Días										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Evento A	6											
Evento B	6											

Escasez Mano de Obra v/s Variación del Propietario												
Eventos	Dur Prog.	Escala Temporal en Días										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Evento A	6											
Evento B	12											

Según la anterior recomendación de la SCL, los dos eventos habría sido *causas efectivas* de retraso en el término de la obra para el período común de 5 días, porque cada uno de ellos habría causado el retraso con independencia del otro. Este punto de vista es respaldado por fallos anteriores de las cortes inglesas que disponían que, si el incumplimiento en terminar las obras se debe en parte a la culpa del Propietario y en parte a la culpa del Contratista, éste último no debía pagar perjuicios por la mora.

Sin embargo, ahora el Protocolo de la SCL recomienda considerar que el retraso del Propietario no causará que las obras se terminen más tarde de lo que se hubieran terminado, porque el término de las obras ya previamente se encontraba retrasado por un período mayor debido al atraso del Contratista. Por lo tanto, la única causa efectiva del retraso en el término de las obras, es un hecho de riesgo del Contratista (Evento A). Esta es la posición adoptada en fallos recientes de tribunales ingleses inferiores. De este modo, Protocolo de la SCL señala que debiera considerarse que el hecho de riesgo del Propietario no está causando el retraso en el término de las obras y, por lo tanto, que no existe concurrencia. El Protocolo advierte, eso sí, que esta recomendación debería reconsiderarse si una corte inglesa adoptara un enfoque diferente.

Nos parece de suma importancia esta nueva aproximación de la SCL, pues revela el carácter no crítico que tendría un atraso, si el de la otra parte comenzó antes y terminó después, siempre que al momento de iniciarse el atraso no crítico ya se haya sabido que el atraso crítico sería superior en cuanto a su terminación.

(iii) Que no sea posible distribuir objetiva y certeramente qué parte del atraso es imputable a uno u otro hecho

Si fuera posible hacerlo no estaríamos, a juicio nuestro, frente a atrasos concurrentes, pues es de la esencia que los hechos imputables al Contratista y al Propietario produzcan, al menos en parte, el mismo efecto, esto es, que los atrasos críticos que provoquen uno y otro hecho estén superpuestos, al menos parcialmente.

Este requisito normalmente no se explicita, pero nos parece conveniente incluirlo para precisar el concepto de Atrasos Concurrentes y que se podría graficar con el siguiente cuadro:

Corte de camino por Aluvión v/s Escasez Mano de Obra												
Eventos	Dur Prog.	Escala Temporal en Días										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Evento A	6											
Evento B	6											

Escasez Mano de Obra v/s Variación del Propietario												
Eventos	Dur Prog.	Escala Temporal en Días										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Evento A	6											
Evento B	12											

En el ejemplo anterior, se observa que, si es posible distinguir que los hechos imputables al Contratista y al Propietario provocan atrasos en días o periodos distintos no superpuestos, entonces no sería posible hablar de atrasos concurrentes. En tal hipótesis cada hecho provoca su propio atraso, sin concurrencia.

2. ¿Cómo se distribuye la responsabilidad frente a un atraso concurrente?

Determinar la responsabilidad en un atraso concurrente dice relación con la distribución de sus consecuencias materiales.

Habrá que resolver si el Contratista tiene derecho a obtener mayor plazo (EoT) y si, además, tiene derecho a que se le compensen los costos adicionales por el aumento del plazo. Correlativamente, se resolverá si el Propietario tiene derecho a una indemnización por el atraso y si está obligado a pagar mayores costos.

Las respuestas a cómo distribuir la responsabilidad frente a atrasos concurrentes provienen de un principio inglés denominado *prevention principle*, conforme al cual el Propietario no puede tomar ventaja de su propia culpa. Demás está decir que este principio también forma parte relevante del derecho privado latino.

En adelante no referiremos a los distintos criterios para la distribución de la responsabilidad frente al atraso, según las distintas jurisdicciones:

(i) INGLATERRA:

- “But for approach” (si no fuera por)

Hoy más bien en desuso. El método “*But for approach*” buscaba resolver la concurrencia de los atrasos representándose qué es lo que hubiese ocurrido de no haber existido el atraso, hecho o incumplimiento del Propietario. Perseguía demostrar que el atraso o el hecho imputable

al Propietario no tendrían mayor efecto, porque de no haber mediado la obra igualmente se habría retrasado.

El “*But for approach*” ha sido criticado porque únicamente consideraba un análisis desde la perspectiva del Propietario, obviando lo que ocurriría según ese mismo análisis bajo la perspectiva del Contratista. Si el Contratista hiciera el mismo análisis, llegaría a la conclusión que su atraso tampoco impactaría la ruta crítica, porque la obra igualmente se habría atrasado por responsabilidad del Propietario.

Si bien resulta objetable para la distribución de responsabilidad de un atraso concurrente, este método podría ser útil para analizar la potencia de cada atraso, desde que es importante saber qué es lo que habría ocurrido si el hecho imputable a cada parte no hubiese existido.

Por último, es importante decir que, si bien el “*But for approach*” es criticado por las razones antes indicadas en cuanto a la forma de distribuir la concurrencia, es un método utilizado como herramienta para la determinación del derecho a obtener compensación por la extensión de tiempo, concediendo al Contratista que se le compensen únicamente los mayores costos imputables al Propietario, pero no aquéllos en los que habría incurrido igualmente de no mediar el hecho imputable al Propietario. Ver a este respecto el numeral 14 del Protocolo de la SCL.⁵

- “The dominant cause approach” o “effective cause” (Causa Dominante)

Este método tiene amplia vigencia en Inglaterra hoy en día.

Según *the dominant cause approach* la causa dominante se basa en la preponderancia o potencia causal (“*causative potency*”) de uno de los eventos de las partes por sobre el otro. Ante atrasos imputables a ambas partes, busca el atraso que tiene mayor influencia o potencia para ser calificado como la verdadera causa de la demora. Así, si este ejercicio es posible, sólo será responsable del atraso la parte que haya ejecutado el hecho dominante.

Este método, en realidad, más que ser un mecanismo para distribuir la responsabilidad ante un *concurrent delay*, es una forma de descartar un *concurrent delay*, pues lo que hace es cuestionar o derechamente excluir la existencia de una real concurrencia de atrasos. Ello, porque lo que permite este método es resolver que uno de los atrasos en realidad es meramente incidental; que no es crítico. Y como veíamos, para que nos enfrentemos a un problema real de concurrencia ambos atrasos deben afectar la ruta crítica de la obra. Por esta razón, si uno de los hechos no tiene la potencialidad de afectar la terminación de las obras dentro de plazo, no se tratará de un *concurrent delay*.

En relación con los mayores costos, bajo este *approach* lo natural –confirmado por la práctica internacional– es que, si se decide que la causa dominante del atraso es imputable al Propietario, el Contratista también tendrá derecho a los mayores costos directos asociados a la prolongación del plazo (más los gastos generales y utilidades por dicho período). Se tratará de una cuestión, como siempre, de *causalidad* de los daños.

- Los eventos relevantes o el “*relevant event approach*” o el “*Malmaison approach*”

En Inglaterra ha pasado a tener una gran relevancia el Contrato, particularmente si contempla lo que se denominan “*eventos relevantes*”, esto es, aquellos hechos por los que el Propietario asume la responsabilidad total de sus consecuencias y en especial por los atrasos. Es lo que se denomina el *Malmaison approach* -*Henry Boot Construction (UK) Ltd v Malmaison Hotel (Manchester)*

⁵ 14. Concurrent delay – effect on entitlement to compensation for prolongation

Where Employer Delay to Completion and Contractor Delay to Completion are concurrent and, as a result of that delay the Contractor incurs additional costs, then the Contractor should only recover compensation if it is able to separate the additional costs caused by the Employer Delay from those caused by the Contractor Delay. If it would have incurred the additional costs in any event as a result of Contractor Delay, the Contractor will not be entitled to recover those additional costs.

Ltd 1999- que, en resumen, en caso de *concurrent delay* otorga la EoT al Contratista. El *concurrent delay* favorece al Contratista en cuanto a la EoT, porque así lo ha dispuesto el contrato al alocar el riesgo del hecho (evento relevante) en el Propietario.⁶

La vigencia en Inglaterra del *Malmaison approach* es incluso reconocida por el Protocolo de la SCL, particularmente en el numeral 10 al plantear que “*Si el atraso del Contratista retrasa el término de la obra o tiene un efecto concurrente con un atraso del Propietario que afecta el término de la obra, el retraso concurrente del Contratista no debiera reducir en ningún caso su derecho a solicitar una EoT*”.⁷ Es decir, lo que hace el derecho inglés ante un hecho también imputable al Propietario, es otorgar el beneficio de la concurrencia –en lo que se refiere a la EoT- completamente en favor del Contratista.

Precisamos, eso sí, aunque no es una práctica absoluta, que el *Malmaison approach* supone que antes no fue posible descartar la concurrencia por la vía del *dominant cause approach*. Lo anterior es relevante, porque el derecho inglés –antes de conceder el beneficio de la concurrencia al Contratista- trata de descartarla ponderando si existe alguna de las causas que sea dominante. Entonces, el *Malmaison approach* debiera aplicarse únicamente cuando nos enfrentamos a atrasos tanto del Contratista como del Propietario, que impactan la ruta crítica y sin que sea posible establecer cuál de los dos atrasos es dominante.⁸

El que se otorgue una EoT al Contratista, se traduce, a su vez y naturalmente, en que el Propietario no tendrá derecho a demandar daños por el atraso.

Sin embargo, una EoT al Contratista no significa necesariamente en que éste tendrá derecho a reclamar los mayores costos asociados al atraso. Así lo manifiesta el numeral 12 del Protocolo de la SCL, al disponer que “*El derecho a una EoT no necesariamente conlleva el derecho a una compensación*”.⁹ De hecho, suele ser al revés si se trata de *concurrent delay*, pues si el Contratista es beneficiado con una EoT normalmente no obtendrá el pago de los mayores costos asociados al atraso. Es a través de negar al contratista la compensación por los mayores costos asociados al atraso, donde el derecho inglés lo hace en una parte responsable de su propia negligencia.

En conclusión, en Inglaterra primeramente debe adoptarse el *dominant cause approach* para saber si estamos o no ante un *concurrent delay*. Si es posible determinar que una de las causas o atrasos es dominante, entonces no habrá concurrencia y la responsabilidad íntegra será de la parte que haya ejecutado el hecho dominante. Luego, si no es posible distinguir una causa dominante y ergo deba asumirse que nos enfrentamos a un verdadero *concurrent delay*, habrá que recurrir al contrato para ver que dispone en estas materias en general y particularmente si contiene algún *hecho relevante* del Propietario que haga responsable a este último del atraso. Y si es así -y

⁶ Se ha dicho que la prevalencia del relevant event considerado en el Contrato procedería incluso a pesar de no ser la causa dominante del atraso. Esto es muy discutido y discutible.

⁷ “10. Concurrent delay – Effect on entitlement to EOT.- True concurrent delay is the occurrence of two or more delay events at the same time, one an Employer Risk Event, the other a Contractor Risk Event, and the effects of which are felt at the same time. For concurrent delay to exist, each of the Employer Risk Event and the Contractor Risk Event must be an effective cause of Delay to Completion (i.e. the delays must both affect the critical path). Where Contractor Delay to Completion occurs or has an effect concurrently with Employer Delay to Completion, the Contractor’s concurrent delay should not reduce any EOT due”.

⁸ La relevancia del contrato en estas materias también la reconoce el párrafo B de la Introducción del Protocolo de la SCL, donde se deja constancia que lo que pueda sugerir la SCL no puede suponer pasar por sobre el contrato, al señalar lo siguiente: “It is not intended that the Protocol should be a contract document. Nor does it purport to take precedence over the express terms and governing law of a contract or be a statement of the law. It represents a scheme for dealing with delay and disruption issues that is balanced and viable (recognizing that some of those issues do not have absolute answers). Therefore, the Protocol must be considered against (and give way to) the contract and governing law which regulate the relationships between project participants.

⁹ Traducción libre al castellano de “12. Link between EOT and compensation.- Entitlement to an EOT does not automatically lead to entitlement to compensation (and vice versa)”.

conforme también al Protocolo de la SCL- la concurrencia beneficiaría al Contratista con una EoT aunque probablemente sin derecho a mayores costos.

(ii) Escocia:

El estándar es el *apportionment*. El caso emblemático es *City Inn Ltd v Shepherd Construction Ltd* (2007).

El *apportionment* es un método que efectúa un prorrateo de la responsabilidad del atraso entre un evento imputable al Propietario y un evento culpable del Contratista, distribuyendo el atraso entre las partes según el *grado de responsabilidad* (*degree of responsibility*) de cada una de las partes (análisis subjetivo) y la *importancia causal relativa* (*relative causative importance*) de cada hecho frente a la demora en su totalidad (análisis objetivo).

Es fundamentalmente un juicio que pretende evitar el contrasentido de que el Contratista obtenga el 100% de la EoT a pesar de que estaba igualmente atrasado, para de este modo arribar a soluciones más justas y racionales.

Si bien la Jurisprudencia de Inglaterra ha rechazado la aplicación de este criterio, han surgido voces críticas que sugieren que esta materia evolucione en la propia Inglaterra hacia el *apportionment*.

(iii) USA:

La jurisprudencia norteamericana es más flexible que la inglesa. Es casuística y postula la independencia de cada uno de los hechos constitutivos de la concurrencia, imponiendo el deber de indagar lo más posible en cómo cada uno de los hechos comprometidos incidió en el atraso.

Así y todo, es posible distinguir los siguientes criterios:

- (a) *Time but no money*: Frente a un *concurrent delay* el Contratista tendrá derecho a mayor tiempo, pero no a una compensación por mayores costos. Es similar a la lógica inglesa. Sin embargo, su aplicación es menos rigurosa que en Inglaterra.
- (b) *Apportionment*: Reconocida en USA como una regla moderna acorde a la realidad actual de los contratos de construcción (en vistas de la existencia de *Liquidated Damages*, la complejidad actual de las relaciones contractuales y de que la aplicación de la regla *time but no money* es muy severa – todo o nada-). Se le reconoce aplicación si la evidencia del caso permite atribuir con claridad el atraso y costo de cada parte (caso relevante: *Essex Electro Engineers v US* del 2000). Supone por tanto un umbral probatorio relevante para quien la alega, posiblemente mayor al existente en Escocia. En síntesis, el *apportionment* es tratado como el método a aplicar sujeto a que sea posible segregar la responsabilidad de las partes. En caso contrario se utiliza *time but no money*.
- (c) El *Método de la Ruta Crítica* (“CPM” por las siglas del *Critical Path Method*). Refleja la responsabilidad de las partes por atrasos críticos identificados, segregados y atribuidos a través de un CPM. Es considerada en USA la mejor evidencia de ruta crítica y de causalidad de los impactos de tiempo. Cuenta con la preferencia de la jurisprudencia de USA. Pero la verdad es que la *responsibility based on a network or Critical Path Method* no es más que una suerte de *apportionment* de raíz científica. En cualquier caso, es un método o una tecnología que sirve para medir o determinar con mayor precisión la potencia de cada evento o hecho bajo análisis.
- (d) *Jury Verdict*. Muy similar al *apportionment* escocés. Distribuye el atraso según el “peso” o importancia de cada uno de los eventos concurrentes y no requiere de un análisis detallado de programa o cronología. Sólo se ha admitido su procedencia si no es posible aplicar alguno de los métodos precedentes.

Tratándose de los mayores costos de un *concurrent delay*, los tribunales norteamericanos vuelven a ser más casuísticos y exigen un nivel probatorio específico y técnico para que el Contratista pueda obtener una compensación.

(iv) CANADÁ:

Carece de literatura en la materia (se entiende que por la influencia de las Cortes de USA). No sigue un *approach* de *todo o nada* por considerarse desproporcionado. Sigue el *apportionment* con la peculiaridad que no exige un umbral probatorio alto como el de USA como prerequisite de aplicación. El estándar es efectuar un prorrateo bajo dos vías: (a) las cortes deben hacer lo mejor que puedan (“*do the best they can*”; caso *Wood v Grand Valley Railway*) y (b) emplear la ley de negligencias contributorias (*contributory negligence*) de Canadá.

(v) HONG KONG:

Materia no resuelta. Suele seguir la jurisprudencia inglesa, pero existe incipiente cambio hacia el *apportionment*.

(vi) AUSTRALIA:

No existe una guía jurisprudencial clara. Criterio primordial es que prima el contrato (que en cláusulas tipos reconoce *apportionment* e incluso *no time no money*). A falta de contrato prima la influencia del *case law* del Reino Unido.

Conclusión internacional: A pesar de contar con numerosos fallos judiciales sobre estas materias, ni el Derecho Inglés ni tampoco en los Estados Unidos ni algún otro se ha logrado alcanzar un enfoque único, coherente o exhaustivo para la determinación de los *concurrent delay*. Sin embargo, somos de la opinión que el estándar internacional se encamina hacia el *apportionment*, desde que este *approach* ofrece una solución balanceada y moderna al dilema de los *concurrent delays*.

(vii) EL DERECHO CHILENO:

Creemos que lo que hemos dicho precedentemente acerca de las soluciones que el derecho comparado y la práctica internacional proponen a propósito de los atrasos concurrentes, es perfectamente reproducible -en lo que nos interesa- bajo el derecho chileno.

Primeramente, tal como lo hace el método del *dominant cause approach* y como lo exige la jurisprudencia norteamericana, un tribunal regido por ley chilena deberá previamente resolver si los atrasos de ambas partes son críticos. Si alguno de esos atrasos no lo es, no será posible hablar de *concurrent delay* y naturalmente se producirán únicamente los efectos propios del atraso de una de las partes. De lo contrario, se responsabilizaría a quién no ha provocado daño alguno.

También es reproducible la práctica internacional conforme a la cual, frente a dos atrasos críticos, deberán hacerse todos los esfuerzos probatorios a fin de determinar los efectos atribuibles a cada uno de ellos. Si es posible distinguir los efectos propios de cada atraso crítico, es eso a lo que debe estarse para que cada parte responda de lo suyo y no de lo ajeno.

Si no obstante todo lo anterior no es posible destruir la concurrencia y debemos asumir que nos encontramos frente a un *concurrent delay*, entonces creemos que conforme al Derecho Chileno la manera de resolver este asunto es la siguiente:

(a) Primero, debe estarse a lo que el contrato señale, por así disponerlo el *Pacta Sunt Servanda*, reconocido en el artículo 1545¹⁰ del Código Civil. Si el contrato, ya sea explícita o implícitamente, hace referencia a los atrasos concurrentes, tendremos que someternos a lo que ahí se disponga.

(b) Si el Contrato nada dice, entonces consideramos que en Chile debiera primar el método del *apportionment* y debieran descartarse soluciones drásticas y unilaterales relativas a la EoT como el *But for approach*, del *Malmaison approach* y el *Time but not money*. A nuestro juicio, el Derecho Chileno permite la concepción del *apportionment* a fin de distribuir a prorrata la prolongación de la obra conforme a criterios objetivos y subjetivos, en base a lo siguiente:

- En primer lugar, el derecho de daños en Chile trata en general de un régimen de responsabilidad subjetiva, lo que impone ponderar la culpa de cada una de las partes, cuestión que, a su vez, sugiere no eximir a alguno de los responsables del atraso al momento de evaluar una EoT.
- En este mismo sentido, valga lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil que ordena que “*La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. Esta norma supone la distribución de las responsabilidades en caso de coexistir culpas.
- En el mismo sentido y a modo genérico, nuestro derecho en materia contractual, particularmente el artículo 44 del Código Civil,¹¹ que distingue entre distintos grados de culpa, lo que nos parece un indicio relevante de la particularidad subjetiva del derecho de daños chileno.
- Tampoco puede obviarse para este análisis el principio conforme al cual en Chile se rechaza el enriquecimiento sin causa.
- Y por supuesta la exigencia de causalidad entre el daño y el hecho, lo que se opone a responsabilizar únicamente a una parte del atraso al momento de analizar una EoT.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a proponer el *apportionment* como una solución justa y ajustada al derecho chileno.

IV. La conclusión a la que queríamos arribar: el análisis de atrasos, de ruta crítica y de concurrent delay son cuestiones donde debe primar la causalidad (causation) y el sentido común (common sense)

Después de haber hecho un recorrido general por diversas jurisdicciones y métodos relativos a *concurrent delay*, es posible observar que se trata de estudios que se han venido desarrollando en los últimos 30 años, que se han ido complejizando con el surgimiento de nuevas teorías como aquellas que vimos en esta presentación, tales como *But for Approach*, *Dominant Cause Approach*, *Critical Path Method*, *Relevant Event Approach*, *Time but not Money*, *Apportionment*, entre otros, y sin considerar los distintos tipos de análisis de ruta crítica que existen.

¹⁰ Artículo 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

¹¹ Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.
 Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
 Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.
 El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.
 Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
 El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Estas materias también se han ido complejizando con la incorporación de la tecnología. De hecho, para los análisis de ruta crítica y del desarrollo de los programas de una obra de construcción, cada vez existen más *softwares*, más complejos, más completos y más precisos.

Sin embargo, no se pueden dejar de lado dos cuestiones fundamentales propias del derecho chileno, derecho latino y del *common law*, a saber:

Que se trata de una materia donde la decisión debe ser sensata, ajustándose al *sentido común*. Si bien podría pensarse que la necesidad que este tipo de análisis se sometan al escrutinio del sentido común sería algo peculiar, el hecho es que es el propio Protocolo de la SCL el que lo exige. Por ejemplo, en su numeral 11.2,¹² a propósito del *Common Sense*, se señala que independientemente del método utilizado para analizar un atraso, debe tener como propósito primordial asegurar que las conclusiones que se deriven del análisis sean sensatas desde la perspectiva del *sentido común*. Agrega que es particularmente relevante cuando existe un riesgo significativo que las proyecciones que se encuentren pendientes, las vinculaciones lógicas, los calendarios o las restricciones dentro del programa base, puedan producir resultados anómalos en su aplicación. Y la razón de la SCL de enfatizar el deber de someter estos análisis al escrutinio del sentido común, se explica porque muchas veces estos ejercicios son coaptados por la técnica arribando a resultados absurdos.

Y lo segundo, muy relacionado con lo anterior, que se trata de una materia donde debe primar la *causalidad*, es decir, resulta fundamental que a las conclusiones a las que se arriben, conlleven necesariamente a que la atribución de responsabilidad por un *concurrent delay* o por un atraso, esté necesariamente vinculada a un hecho imputable a la parte que se hará cargo de la misma. Esto que parece obvio, en la práctica a veces se olvida, precisamente por las complejidades ya mencionadas. Sobre causalidad, por ejemplo véase el párrafo 4.14¹³, también del Protocolo de la SCL, que plantea que sin perjuicio de que los programas actualizados debieran ser la primera guía en la determinación de la concesión de una extensión de tiempo, éstos debieran ser utilizados de manera conjunta con pruebas contemporáneas, para así asegurar que cualquier resultado relativo a la extensión de tiempo, sea tanto razonable como consistente con las circunstancias factuales.

De este modo, si bien cada día el estudio de *concurrent delay* es más profundo y técnico, donde los métodos, la tecnología, la jurisprudencia y las teorías podrían dar la apariencia de una ciencia más bien oscura, en lo fundamental se trata de una materia típica de causalidad, donde la casuística, la lógica y el sentido común deben tener un lugar preponderante.

¹² “Irrespective of which method of delay analysis is deployed, there is an overriding objective of ensuring that the conclusions derived from the analysis are sound from a common sense perspective. This is particularly relevant where there is a significant risk that the remaining duration projections, logic links, calendars and restraints within the baseline programme (preferably the Accepted Updated Programme) might produce anomalous results”.

¹³ Although the Updated Programme should be the primary tool for guiding the CA in its determination of an EOT, it should be used in conjunction with the contemporary evidence, to ensure that any resulting EOT is both reasonable and consistent with the factual circumstances. It will also be necessary for the parties to apply common sense and experience to the process to ensure that all relevant factors are taken into account, and that any anomalous results generated by the delay analysis are properly managed. Overarching these considerations, any resulting EOT must be consistent with the contractual requirements regarding entitlement.

COMÉRCIO ELETRÔNICO E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: PANORAMA ATUAL BRASILEIRO E DIREITO COMPARADO

VERA LÚCIA VIEGAS-LIQUIDATO*

RESUMO

As novas formas de contratação decorrentes dos avanços tecnológicos inerentes à sociedade de informação, põem em xeque as formas clássicas de celebração de contratos à distância. Nesse cenário, fica ainda mais em evidência a vulnerabilidade do consumidor, o que exige adequações normativas, inclusive por parte do Direito Internacional Privado.

Palavras-chave: *Direito Internacional Privado. Contratos Eletrônicos. Proteção ao Consumidor.*

RESUMEN

Las nuevas formas de contratación derivadas de los avances tecnológicos inherentes a la sociedad de la información, ponen en jaque las formas clásicas de celebración de contratos a distancia. En este escenario, queda aún más en evidencia la vulnerabilidad del consumidor, lo que exige adecuaciones normativas, incluso por parte del Derecho Internacional Privado.

Palabras clave: *Derecho Internacional Privado. Contratos Electrónicos. Protección al consumidor.*

ABSTRACT

The new forms of contracting that arise from the technological advances which are inherent to the information society call into question the classical forms of distance contracts. In this scenario, the vulnerability of the consumer is even more evident, which requires normative adjustments, including by private international law.

Key-words: *International Private Law. Electronic contracts. Consumer protection.*

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O presente estudo¹ tem por foco apenas levantar algumas questões acerca da análise de certos aspectos da proteção ao consumidor nas transações eletrônicas.²

* *Doutora em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; especialista em Direito da Integração pela Università di Roma Tor Vergata, professora e investigadora de Direito Internacional (Graduação e Pós-Graduação) na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (São Paulo – Brasil).*

¹ Este texto é uma atualização e ampliação – significativa – de trabalho de 2011 publicado em: VIEGAS-LIQUIDATO, Vera Lúcia. A proteção ao consumidor no comércio eletrônico: panorama atual brasileiro e comparado (Mercosul e União Europeia). LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). Agenda contemporânea: direito e economia (trinta anos de Brasil). Tomo II, São Paulo: Saraiva, 2011, v. II, p. 361-399.

² Por se tratar de um estudo brasileiro, a ser publicado no Chile, optou-se por se trazerem referências de autores brasileiros a questões ainda que “básicas”, atinente a Direito Internacional Privado (DIPr), como por exemplo, a terminologia utilizada pelos jusprivatistas brasileiros para o objeto central de estudo do DIPr (as relações jurídicas de DIPr), etc.

Os avanços tecnológicos vivenciados não só no Brasil como no mundo, nas últimas décadas, impactaram a regulamentação clássica das transações comerciais, trazendo desafios para os paradigmas tradicionais, como o da determinação do lugar da celebração do contrato, a estipulação do direito aplicável à relação jurídica, etc...

O consumo virtual é hoje uma realidade que não se pode negar e que, tanto no mundo como no Brasil, impulsiona o crescimento da atividade econômica.

A proteção ao consumidor no comércio eletrônico é tema comum tanto ao campo da economia, quanto do direito, pois diz respeito diretamente ao histórico de crescimento econômico do Brasil, propiciando novas formas de contratação, com implicações jurídicas consideráveis.

A própria necessidade de proteção ao consumidor já é fruto de mudança no cenário da microeconomia no Brasil.

Ademais, a proliferação de Organizações Internacionais de integração vem trazer novos traços à já complexa tela, estimulando as operações jurídico-econômicas de caráter transfronteiriço; além do que, as regulamentações nacionais dessas transações passam a coexistir com a normativa da própria Organização Internacional.

Para abordar tão complexo tema, delinaremos, de início, os limites entre o direito civil clássico e o direito das relações de consumo, para então, excursionando pela sociedade de informação, atermo-nos à regulação do comércio eletrônico.

Nosso objetivo é propiciar ao leitor apenas algumas, das tantas ferramentas que se fazem necessárias para melhor mapeamento do terreno da proteção ao consumidor no mundo globalizado, no qual a delimitação de fronteiras é tênue e há a superposição de mercados (o nacional, o internacional, o regional...), com choque, por vezes, entre os diversos interesses.

Por se tratar de um trabalho brasileiro a ser publicado em Revista Chilena, optou-se por se trazerem à colação algumas questões de Direito Internacional Privado (DIPr) – ainda que muito básicas – como forma de excursionarmos por alguns dos autores clássicos de DIPr brasileiros, bem como a evolução dos elementos de conexão brasileiros, desde o seu primeiro Código Civil (que é de 1916).

Partiremos dos contratos internacionais para a partir deles, chegarmos aos contratos internacionais celebrados eletronicamente e focaremos nos que sejam atinentes às relações consumeristas.

Será trazida à colação a regulamentação no Brasil do comércio eletrônico e o direito aplicável aos contratos consumeristas celebrados eletronicamente.

Tangenciaremos a abordagem desses temas no direito mercosuliano e nos seus Estados membros em exercício, bem como no direito da União Europeia (UE) porém sem chegar aos dias de hoje, com caráter, portanto, introdutório (como o objetivo é apenas demarcar historicamente o início das regulamentações nesses foros, as referências vão, portanto, apenas até aí).

1. Direito Civil clássico e Direito das Relações de Consumo

As relações contratuais são regulamentadas, inicialmente, pelo ordenamento interno de cada país, mais notadamente pelo sub-ramo jurídico “Direito dos Contratos”. Cada Estado é soberano para determinar as regras que incidirão sobre as transações comerciais que estejam sob a sua esfera de jurisdição.

Tradicionalmente – mas não de modo exclusivo – essa esfera é determinada pelo critério territorial, ou seja, relações contratuais geradas em território brasileiro são regulamentadas pelo direito brasileiro dos contratos.

Se a relação jurídica contratual se perfaz em território brasileiro e envolve partes contratantes brasileiras, está sob a égide do direito brasileiro, tanto com relação ao juízo competente, quanto ao direito aplicável.

Estando sob a alçada do direito brasileiro, a depender do tipo da relação jurídica contratual, resta ainda saber se incidirão sobre o contrato as regras clássicas do direito civil ou as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC).³

Sempre que se tratar de uma relação jurídica de consumo, na qual se tem, de um lado, a figura do consumidor e de outro, do fornecedor (qualquer um inserido nas cadeias de produção e comercialização) tem-se a incidência do CDC, cujo escopo é justamente proteger a parte da relação contratual entendida como hipossuficiente: o consumidor.

O Artigo 2º do CDC conceitua o consumidor⁴ nos seguintes termos:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.⁵

Do apregoado por esse dispositivo legal percebe-se que não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas podem se enquadrar na categoria de “consumidor” de produtos e serviços, desde que sejam destinatárias finais desses produtos e serviços que estejam adquirindo, “e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa”.⁶

Assim, ficam excluídos da categoria de *consumidor* os fornecedores, pois estes não figuram na relação jurídica como destinatários finais.

³ Trata-se da Lei nº 8.078, de 11/09/1990, em vigor desde 11 de março de 1991; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm [acesso em 27/09/2018].

⁴ Sobre o conceito de consumidor, veja-se a proposta de criação de uma CIDIP (Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado) de proteção ao consumidor, que logo em seu Artigo 1º (“Definição de Consumidor”), no §4º, determina que: “§4º: Se a lei indicada aplicável por esta Convenção definir de forma mais ampla ou benéfica quem deve ser considerado consumidor ou equiparar outros agentes a consumidores, o juiz competente pode ter em conta esta extensão do campo de aplicação da Convenção, se for mais favorável aos interesses do consumidor.” Veja-se, a propósito, MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS nº 1, março de 2004, p. 68, nota 22. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43498> [acesso em 28/09/2018].

É importantíssima essa determinação de se ter que aplicar o que for mais benéfico ao consumidor, em razão da sua vulnerabilidade (essa questão será aprofundada ao longo deste estudo).

Vide ainda a respeito dessa proposta de CIDIP: MARQUES, Cláudia Lima. A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, nº 5, out. 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/51112> [acesso em: 27 de setembro de 2018].

⁵ Já os conceitos de fornecedor, produto e serviço encontram-se no Art. 3º do CDC, a saber: “Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem com os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 27.

Enfim, consumidor, grosso modo, é o que se submete ao poder de controle dos empresários, que são os titulares de bens de produção, estando presente a subordinação econômica do consumidor.^{7 / 8}

De uma forma bem didática, José Geraldo Brito FILOMENO elenca os elementos atinentes à relação de consumo, nos seguintes termos:

“Pode-se deessarte inferir que toda relação de consumo: a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (“consumidor”), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (“produtor/fornecedor); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços”.⁹

Percebe-se, assim, que o caráter marcante da determinação de “consumidor” é sua característica de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

A necessidade de proteção à parte hipossuficiente é decorrência da sociedade de massa, da produção em escala, do avanço da tecnologia, das mudanças nas formas de contratação, do surgimento de contratos por adesão, técnicas agressivas de marketing, ... que reduziram o consumidor a esse patamar de hipossuficiência, trazendo à tona a necessidade de proteção contra os mais diversos abusos que surgiram na crista da onda da era da tecnologia.¹⁰

O CDC brasileiro entra em cena com uma série de ferramentas para corrigir as relações assimétricas entre consumidor e fornecedor, ou seja, sanar o desequilíbrio econômico entre as partes contratantes; numa palavra: a hipossuficiência do consumidor.

1.1. CONTRATOS INTERNACIONAIS

Como vimos, se o contrato estiver em contato com um único ordenamento jurídico, estará sob a égide da regulamentação das normas nacionais desse país.

⁷ Se a pessoa jurídica estiver adquirindo um produto ou serviço não como destinatária final, mas sim para incluí-lo na cadeia de produção, não incidiriam as regras do CDC, mas sim as tradicionais do Código Civil, justamente por não estar preenchido esse requisito do caput do Art. 2º: como destinatário final e também o requisito da hipossuficiência, do Art. 4º, inciso I do CDC: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Para maiores informações acerca da possibilidade de se considerar a pessoa jurídica como consumidor ou não, vide FILOMENO, Disposições Gerais..., p. 28-31 e MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 252 e ss.

⁸ Não podemos igualmente olvidar, para fins de definição de consumidor, do Art. 29 do CDC, que amplia significativamente a abrangência ao Art. 2º ora em análise:

“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN bem explica que o conceito desse Art. 29 integrava originalmente o corpo do art. 2º, mas por uma questão estratégica, para driblar lobby empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transposto para o Capítulo V (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 210-211).

⁹ FILOMENO, Disposições Gerais..., p. 26.

¹⁰ Cláudia Lima Marques assevera que: “Proteger e melhorar a posição jurídica contratual deste negociador mais fraco e leigo no comércio eletrônico, que é o consumidor pessoa física residente no Brasil, parece ser a finalidade maior da doutrina brasileira e dos projetos de leis existentes sobre o assunto”. MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, março/2002, p. 76-77.

Se, porém, o contrato envolve mais de um país, quer por serem as partes contratantes de nacionalidade diversa, quer pelos efeitos do contrato se evidenciarem em dois ou mais territórios estatais, fala-se então em contrato internacional.¹¹

Sendo o contrato internacional, duas questões principais se apresentam: qual o juízo competente para se manifestar sobre o mesmo e qual o direito a ser aplicado ao caso.

Essas duas questões - onde ajuizar a ação para discutir qualquer assunto atinente ao contrato e qual direito regerà o caso - são certamente distintas, porém interconectadas.

Quanto à segunda questão (qual direito regerà o caso), tem-se:¹²

- num contrato que envolva mais de um país, como saber qual o direito que o regerà (o direito nacional do país “A” ou o direito nacional do país “B”)?¹³
- ao ajuizar a ação num determinado país, não será necessariamente o direito interno desse país que regerà o caso?
- pode o juiz nacional aplicar direito estrangeiro?
- poderá o caso não ser regulamentado pelo direito estatal de país algum, mas sim por um grupo de regras internacionais consideradas *praxe* no comércio internacional (*lex mercatoria*)?

Dentre essas questões, analisaremos as que estiverem diretamente relacionadas com o comércio eletrônico e a proteção ao consumidor. Vejamos.

1.2. AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (DIPr)

Essas relações jurídicas que estão em contato com dois ou mais ordenamentos jurídicos podem ser chamadas de “relações jurídicas de Direito Internacional Privado”¹⁴ e são objeto de análise da disciplina intitulada “Direito Internacional Privado”¹⁵. É esse sub-ramo do direito que responderá à questão básica: qual o direito material a ser aplicado ao caso, ou seja, que direito regerà a matéria (o direito do país “A” ou do país “B”) e para tanto, o Direito Internacional Privado (DIPr) se vale dos chamados “elementos de conexão”.

¹¹ São vários os critérios para a determinação da internacionalidade do contrato: nacionalidade distinta das partes, diferença entre local de celebração e de execução do contrato, produção de efeitos em mais de um país, etc. ...

¹² Todas essas questões se apresentam não apenas para o direito dos contratos, mas também para os demais sub-ramos do direito. Para ilustrar, basta considerar uma brasileira casada com um estrangeiro, cujo casamento ocorreu num terceiro país e o primeiro domicílio do casal deu-se fora do Brasil; se o casal pretende se divorciar: qual o juízo competente para proferir o divórcio? E qual direito regerà o caso?

¹³ Cada Estado tem um ordenamento jurídico singular, único. Qual direito regerà uma relação jurídica de DIPr é, portanto, questão fundamental. Karl English consigna o entendimento de Pascal, no que tange à variada pléiade legislativa dos diferentes Estados que compõem a sociedade internacional: “Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirineus” (ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 15-16).

Interessante a constatação de Ferrer Correia: ao se referir às diferenças entre as instituições dos Estados, não as identifica com diferenças de graus civilizatórios: “Cada povo sabe que há mais coisas justas sobre a terra, além das que cabem na sua filosofia...” (FERRER CORREIA, A. Lições de Direito Internacional Privado (policopiadas). Coimbra: [s.n.], 1973, p. 12); esse autor entende que se trata aqui de uma questão de administração da justiça, realizada pelo DIPr, ou seja, cabendo ao DIPr a administração da justiça, nestes termos: “A justiça de uma causa não deve depender da latitude do lugar” (FERRER CORREIA, 1973, p. 39).

¹⁴ Ferrer Correa a elas se refere como: “situações jurídicas interindividuais plurilocalizadas (conectadas com diferentes leis)”. FERRER CORREIA, A. Lições de Direito Internacional Privado..., 1973, p. 38.

Tais relações jurídicas de DIPr há muito tempo deixaram de ser “incomuns” ou “extraordinárias” dado que, num mundo globalizado e de fronteiras cada vez mais tênues, a presença de “elementos estrangeiros” passou a ser mais do que corriqueira, passando, de exceção, à regra. Vide, a respeito, BASSO, Maristela. Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 3-4.

¹⁵ Pode-se dizer que o DIPr é mais um dos diversos sub-ramos existentes em cada ordenamento jurídico. Da mesma forma que temos Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito das Obrigações, Direitos Reais, tem-se também o DIPr, com as regras básicas para a análise dessas relações jurídicas de DIPr que são justamente as que estão em contato com ordenamentos jurídicos distintos.

Os elementos de conexão brasileiros são regras que conectam, ligam, a relação jurídica de DIPr com o direito que deverá regê-la e encontram-se ao longo do nosso ordenamento jurídico e particularmente estão concentrados na hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), do Artigo 7º em diante.

Quanto ao histórico que antecede a atual LINDB, cumpre de início mencionar as alterações sofridas em seu nome. No primeiro Código Civil brasileiro, ou seja, o de 1916, o nome era **Introdução ao Código Civil** (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), nome esse que foi alterado para **Lei de Introdução ao Código Civil** (LICC) pelo Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.¹⁶ Com a advento da Lei nº 12.376, de 2010¹⁷, de LICC passou-se para **Lei de Introdução às normas do direito brasileiro**, nome esse que permanece na atual Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.¹⁸

1.2.1. O DIPr: sub-ramo do Direito Interno e/ou Direito Internacional

Pode-se dizer que inúmeros autores consideram o DIPr um sub-ramo do direito interno. Não obstante isso, para Ferrer Correia, dentre as obrigações dos Estados que decorrem do Direito Internacional Público, está a de não recusarem sistematicamente a aplicação do direito estrangeiro, como também a obrigação de não aplicarem seu direito interno a relações jurídicas que lhes sejam absolutamente estranhas.¹⁹

Haroldo Valladão, a respeito, apregoa:

“conclusivamente, não tem significado indagar se o DIP é internacional ou interno, como não o teria pergunta idêntica sobre, por exemplo, o direito marítimo, ou o direito industrial, ou o direito aeronáutico; todos eles podem ter e têm normas internacionais e internas, e, em caso de conflito, as primeiras prevalecendo sobre as segundas”

(...) “todas as matérias do direito podem ter regras de natureza internacional ou interna, de caráter público ou privado”.²⁰

Para Clóvis Beviláqua, o DIPr é a organização jurídica da sociedade internacional, sendo esta formada por indivíduos de diferentes nacionalidades: o homem é membro da sociedade internacional, e ao sê-lo, não perde a sua nacionalidade.²¹

¹⁶ A “Introdução ao Código Civil” de 1916 adotava para o estatuto pessoal, a regra da nacionalidade, conforme a redação do seu Artigo 8º, nestes termos: Art. 8. A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira. Foi com a Lei 3.071/1916 (a LICC) que o Brasil passou da nacionalidade, ao domicílio (elemento de conexão atual brasileiro para o estatuto pessoal).

¹⁷ Essa Lei 12.376/2010 alterou-lhe apenas e tão somente o nome (não se tocou em nada do conteúdo).

¹⁸ Convém lembrar que a vultosa alteração que ocorreu em nosso Código Civil, redundando na utilização da expressão “Novo Código Civil Brasileiro de 2002”, não abrangeu a então chamada Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que continuou a ser a de 1942. Tampouco a alteração ocorrida na LINDB em abril de 2018 (Lei nº 13.655/2018) a alterou, pois apenas acrescentou novos artigos (do artigo 20 em diante), ficando os artigos anteriores inalterados, inclusive os artigos 7º a 19 (disposições de DIPr).

Para um cotejo de cada qual desses dispositivos legais, veja-se:

1) Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm [acesso em 27/09/2018].

2) LICC/1942: Decreto lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm [acesso em 27/09/2018].

3) Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm [acesso em 27/09/2018].

4) Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1 [acesso em 27/09/2018].

¹⁹ FERRER CORREIA, A. Lições de Direito Internacional Privado. p. 28.

²⁰ VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado: introdução e parte geral. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1968. p. 57 – 58, respectivamente.

²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Princípios elementares de direito internacional privado. 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 81 – 82.

Podemos dizer que o DIPr é direito interno, mas com espírito internacional.²² Nas palavras de Amílcar de Castro: “O DIP não é internacional, mas deve ser organizado com espírito internacional”.²³

1.2.2. O direito aplicável às Relações Jurídicas de DIPr

Quando o juiz brasileiro se depara com uma relação jurídica de DIPr – ou seja, conforme já visto, uma relação jurídica em contato com dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos –, utiliza-se das regras brasileiras²⁴ de DIPr para saber se será o direito brasileiro ou o direito estrangeiro a regulamentar a questão. É o elemento de conexão brasileiro que indicará ao juiz se este deverá aplicar o direito nacional ou o estrangeiro, como veremos *infra*, no item 1.4 e ss. “Regulamentação brasileira do direito aplicável ao contrato internacional.”²⁵

1.3. DO JUÍZO COMPETENTE

Em princípio, é competente para se manifestar sobre as relações jurídicas de DIPr, os juízos de qualquer um dos Estados envolvidos com o caso.

Essa regra admite exceção, como no caso de sucessão que envolva imóveis: o único juízo competente para a partilha desses bens imóveis é o da situação dos mesmos, pois se trata de matéria de competência jurisdicional exclusiva, ou seja, compete exclusivamente ao juízo do foro da localização do imóvel manifestar-se sobre a sua partilha, com exclusão de qualquer outro juízo, por se tratar de uma questão de soberania.²⁶ Se o *de cuius* era proprietário de bens imóveis situados em países diferentes, haverá a “pluralidade dos juízos sucessórios”, ou seja, deverá ser aberto inventário em cada qual desses Estados onde os imóveis estiverem situados.

²² Sobre o pluralismo de fontes formais de DIPr, já que há normas internacionais e também nacionais que regulam a matéria, veja-se: CARVALHO RAMOS, André de. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em números em seu aniversário de 125 anos (1893-2018). In CARVALHO RAMOS, André de; ARAUJO, Nadia de (orgs.). A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade: 125 anos (1893-2018). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 11.

²³ CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado. 5. ed. rev. atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 194. Vide maiores considerações a respeito em: VIEGAS, Vera Lúcia. “Direito Internacional Privado: conceito, fundamento e finalidade do DIP”. Revista de Informação Legislativa, ano 37, nº 145. Brasília: Senado Federal, janeiro/março 2000, p. 36 e ss.

²⁴ Incluem-se aqui também as regras provenientes de tratados internacionais sobre a matéria, dos quais o Brasil seja parte, como os provenientes da Conferência da Haia, das Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs), UNCITRAL (Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional), dentre outras.

Quanto às CIDIP, convém mencionar a proposta brasileira de Convenção Interamericana de DIPr sobre a lei aplicável a alguns contratos consumeristas. A respeito, vide: MARQUES, Cláudia Lima. A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRRGS, Porto Alegre, nº 5, out. 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/51112> [acesso em: 27 de setembro de 2018].

Informações a respeito da CIDIP VII encontram-se no site a Organização dos Estados Americanos (OEA), no link referente ao Departamento de Direito Internacional, onde se encontra que http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_conferencias_Cidip_VII.asp [acesso em 29/09/2018].

²⁵ Já se a parte optar por ajuizar a ação no foro estrangeiro, este juízo se valerá de suas próprias regras de conexão nacionais para encontrar o direito a ser aplicado ao caso. Isso porque, como vimos, o DIPr é, em princípio, um sub-ramo do direito interno: cada Estado dispõe de seus próprios elementos de conexão, que são utilizados pelos seus juízes nacionais.

²⁶ É o que determinava o Art. 89 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, antes da alteração sofrida pelo atual CPC brasileiro (de 2015), a saber: Art. 89 do Código anterior: “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”.

Essa regra encontra sucedâneo nos ordenamentos dos outros países, ou seja, da mesma forma que um juiz brasileiro, com exclusão de qualquer outro, é competente para inventariar bem imóvel localizado em território nacional, por uma questão de soberania, igualmente um juiz italiano se considera competente com exclusividade para a partilha de bens imóveis italianos, e assim por diante.

Hoje, a competência jurisdicional exclusiva do foro brasileiro está determinada pelo artigo 23 da Lei nº 13.105, de 16/03/2015 (o Código de Processo Civil Brasileiro - CPC)²⁷, nestes termos:

“Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.”

Já para a competência relativa, têm-se os Artigos 21 e 22 do CPC, com destaque para o Artigo 22, §2o.

“Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.”

“Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.” [grifo nosso].²⁸

²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm [acesso em: 27/09/2018]. Interessante é o estatuído pelo seu Artigo 13º, a saber: “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”

Quanto à litispendência internacional, tem-se o estatuído pelo Artigo 24: “A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.”

²⁸ Ainda atinente às regras de determinação de competência jurisdicional do CPC brasileiro, há que se mencionar os artigos 46 e 47, nos seguintes termos:

“Artigo 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.

§ 1º Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles.

§ 2º Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele poderá ser demandado onde for encontrado ou no foro de domicílio do autor.

§ 3º Quando o réu não tiver domicílio ou residência no Brasil, a ação será proposta no foro de domicílio do autor, e, se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro.

De *lege ferenda*, cumpre destacar o estatuído pelo Projeto de Lei do Senado²⁹ (PLS 281/2012):

“**Art. 101.** Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título:

I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;

II – o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso”.

Vistas as principais normas de determinação da competência jurisdicional brasileira, passemos à análise da cláusula de eleição de foro e em seguida, ao direito aplicável ao contrato internacional, incluindo os contratos eletrônicos.

1.3.1. Cláusula de eleição de foro

É comum nos contratos internacionais a chamada “cláusula de eleição de foro”, pela qual as partes contratantes, de antemão, elegem um determinado juízo como o competente para dirimir toda e qualquer eventual controvérsia que porventura venha a resultar do contrato.

Convém esclarecer que a “cláusula de eleição de foro” não se confunde com a “cláusula de escolha de direito aplicável”. Pela primeira, as partes elegem onde ajuizarão a ação; já com a cláusula de escolha de direito aplicável, as partes determinam qual o direito a ser aplicado à lide.³⁰

No Brasil, a “cláusula de eleição de foro” era tradicionalmente aceita, caso não se tratasse de fraude à lei³¹, ou seja, não havendo interesses de terceiros – nem do fisco do próprio Estado – lesados, nem fosse hipótese de competência jurisdicional absoluta da autoridade judiciária brasileira. Ou seja, em se tratando de competência concorrente - quando tanto a justiça

§ 4o Havendo 2 (dois) ou mais réus com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

§ 5o A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.” Já no Artigo 47 temos: “Artigo 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.

§ 1o O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova.

§ 2o A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.”

²⁹ A respeito, vide infra, item 2.8.1.

³⁰ O Brasil admite autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável ao caso, de modo incontroverso, quando as partes litigantes optarem pela arbitragem para dirimir suas desavenças. Isso porque a lei brasileira de arbitragem (Lei 9.307/96) assim o permite, no seu Artigo 2º, a saber:

“Art. 2º: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Já se a opção for a jurisdicional, há controvérsias quanto à possibilidade das partes escolherem ou não o direito aplicável ao contrato internacional. Vide, a respeito, dentre outros, ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004; STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2000; JUENGER, Friedrich K. Escolha da lei do contrato nas Américas. Trad. de Rafaela Lacórtte Vitale Pimenta e rev. de José Augusto Fontoura Costa. In: CASELLA, Paulo Borba (coord). Mercosul: Integração Regional e Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 463-480.

³¹ Sobre fraude à lei, vide DOLINGER, Jacob. A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado: tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro, 1979, p. 153.

brasileira quanto a estrangeira sejam competentes para analisar o caso - é válida a escolha do foro estrangeiro, pelas partes contratantes.³²

No plano regional, no MERCOSUL, o Protocolo de Buenos Aires, de 1994 – como se verá *infra* – aceita a escolha do foro estrangeiro.

Já no plano internacional, apenas para se citar um exemplo, a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia aprovou em 2005 a Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro (o Brasil, porém, não faz parte dessa Convenção).³³

No plano nacional, por sua vez, na década de 50, o Supremo Tribunal Federal aceitou a escolha de foro uruguaio em um contrato a ser cumprido no Brasil. Em 2005 o Superior Tribunal de Justiça admitiu de forma expressa a eleição de foro estrangeiro, mencionando essa decisão do Supremo Tribunal Federal da década de 50.

Há, porém, um outro caso, no Brasil, de agosto de 2008, muito criticado pela doutrina, no qual o Superior Tribunal de Justiça não aceitou a eleição de foro estrangeiro – no caso, o do Reino Unido -, num contrato de distribuição celebrado entre uma empresa nacional e uma fornecedora inglesa, mesmo sendo concorrente – e não absoluta - a competência brasileira, para o caso. Esse entendimento gera insegurança aos contratantes estrangeiros e aumenta o “custo Brasil”.

Antes de passarmos ao próximo item, há que se mencionar que no já *supra* mencionado Projeto de Lei do Senado³⁴ (PLS 281/2012), encontra-se assim estabelecido no seu **Art. 101. III** “são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor”.

1.4. REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA DO DIREITO APLICÁVEL AO CONTRATO INTERNACIONAL

No Brasil, o elemento de conexão para a matéria obrigacional está disciplinado no Art. 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), a saber: Art. 9º: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”³⁵

Assim, caso a obrigação tenha se constituído em território nacional, será regida pelo direito brasileiro. Se, porém, a obrigação se constituir em território estrangeiro, o juiz brasileiro aplicará as regras materiais estrangeiras sobre contratos, para julgar o caso.

³² Para maiores informações sobre competência jurisdicional absoluta e relativa (ou concorrente), vide BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs.). Lições de Direito Internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008, p. 171 e ss.

³³ Essa Convenção foi oferecida para a ratificação de Estados não membros da Conferência de Haia e entrou em vigor em 01o/10/2015. O Brasil, conforme visto, não faz parte dessa Convenção. Fazem dela parte: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca (desde 01o/09/2018), Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, México, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, República Tcheca, Romênia, Singapura (desde 01o/10/2016), Suécia e União Europeia. Estados que assinaram, porém ainda não ratificaram: EUA (assinou em 19/01/2009), Ucrânia (21/03/2016) e Montenegro (05/10/2017). Para a lista completa, vide: CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENÇÃO SOBRE OS ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=98> [acesso em 09/09/2018].

Para mais informações a respeito da Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, veja-se seu Relatório Explicativo, feito pelos professores Trevor Hartley e Masato Dogauchi: HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. Convention of 30 June 2005 on choice of court agreements: explanatory report. A Haia: Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2005. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf> [acesso em 20/08/2018]. Para o texto em outros idiomas, inclusive em língua portuguesa, veja-se: <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=3959> [acesso em 20/08/2018].

³⁴ A respeito, vide *infra*, item 2.8.1.

³⁵ O Brasil nem sempre adotou o local da celebração da obrigação como o elemento de conexão para a matéria obrigacional. O Regulamento 737 de 25/11/1850 (Arts. 4º e 5º) bem como Teixeira de Freitas, na sua “Consolidação das Leis Civis” (Arts. 409 e 410), elegeram o critério da *lex loci executionis*, ou seja, o direito do local da execução da obrigação seria o competente para regulamentá-la. RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In RODAS, João Grandino (coord). Contratos Internacionais. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 48.

Sempre que o nosso elemento de conexão apontar para o direito estrangeiro, deverá o juiz nacional, em tese, aplicar as regras desse ordenamento estrangeiro. Isso só não ocorrerá quando o direito estrangeiro chocar com a ordem pública brasileira³⁶ ou quando existirem normas cogentes brasileiras que incidirão obrigatoriamente sobre o caso.³⁷

É a tese que defendemos quanto às relações de consumo: mesmo que o contrato tenha se constituído fora do território nacional, o consumidor brasileiro estará protegido pelas disposições cogentes do CDC.³⁸

A imperatividade do CDC está expressamente mencionada logo em seu Artigo 1º, nos seguintes termos: “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Além dessa argumentação das normas cogentes brasileiras serem aplicadas às relações de consumo que estejam em contato com o direito brasileiro – mesmo que o nosso elemento de conexão aponte para o direito estrangeiro – defendemos também a tese de que o elemento de conexão para relações de consumo não é necessariamente o do “local da constituição da obrigação”: deverá ser aplicado pelo juiz o direito mais benéfico ao consumidor,³⁹ quer seja esse direito o nacional, ou o estrangeiro, comparando-se tudo o que for de interesse ao consumidor, como, por exemplo, a revogabilidade, os prazos de reflexão, direito ao arrependimento, informações obrigatórias a serem dadas pelo fornecedor, obrigatoriedade da interpretação favorável ao consumidor, inversão de ônus da prova, lista de práticas comerciais abusivas proibidas, responsabilidade solidária por parte de toda a cadeia (intermediários, organizador da cadeia de fornecimento pela internet, ...), etc.

Ou seja, para relações jurídicas de DIPr que sejam relações de consumo, dever-se-á aplicar o direito mais benéfico ao consumidor, comparando-se as regras materiais de proteção ao consumidor de todos os ordenamentos jurídicos envolvidos no caso.⁴⁰

Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques salientam que muitas normas de proteção ao consumidor, em decorrência dos objetivos que colimam resguardar, dentro do escopo de proteção social, são normas de aplicação imediata, ou seja, deverão ser aplicadas

³⁶ Cláudia Lima Marques afirma que “a nova ordem pública constitucional brasileira inclui necessariamente a “defesa do consumidor””. MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiro..., p. 92. Nessa mesma obra, a autora ensina que, quanto ao Direito da União Europeia, as Diretivas de proteção ao consumidor são consideradas de ordem pública.

³⁷ Sobre as normas de aplicação imediata no DIPr, veja-se MARQUES DOS SANTOS, António. As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado: esboço de uma teoria geral. Vols. I e II. Coimbra: Almedina, 1991, em especial, p. 397 e ss.; 459 e ss. Veja-se ainda, a obra já aqui citada: MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS nº 1, março de 2004, p. 66-96. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43498> [acesso em 28/09/2018].

³⁸ Ainda sobre a possibilidade da aplicação do CDC aos negócios desenvolvidos em sites estrangeiros, vide SIMÃO FILHO, Adalberto. Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet..., p. 37 e ss.

³⁹ Cláudia Lima Marques chega a levantar essa tese, quando afirma que a aplicação imediata das normas tutelares do CDC “não impedem que outras estrangeiras sejam aplicadas, se asseguram nível superior de defesa ao alcançado pelo CDC”. MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiro..., p. 92.

⁴⁰ Defendemos essa tese, da aplicação do direito mais benéfico, tal qual já ocorre nas relações de trabalho, também para as relações consumeristas, pois em ambos os casos está presente uma parte em situação de vulnerabilidade (trabalhador, nas primeiras, e o consumidor, nas segundas).

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques destacam o fato de que, se antes o método do DIPr estava centrado na função dos elementos de conexão para encontrar o direito aplicável, hoje, na pós modernidade, é nítida a materialização do DIPr (normas materiais regulamentando diretamente os assuntos), estando do DIPr “agora voltado para o resultado (material) do caso e para a proteção dos mais fracos”. In MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata..., p. 77-78.

imperativamente.⁴¹ Ocorrerá essa aplicação imperativa, no nosso entendimento, apenas se não houver um direito estrangeiro conectado ao caso, que seja mais benéfico ao consumidor.

Esclarecem ainda as autoras que parte dos doutrinadores que se debruçam sobre comércio eletrônico são da opinião de que há para esses contratos a possibilidade da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável. Essa interpretação, porém, não é a majoritária ou existente na *praxe* dos contratos de consumo, dado que poderia acarretar na possibilidade do fornecedor estrangeiro escolher a lei aplicável ao contrato – geralmente a do país onde está sediado - evadindo-se, assim, da incidência do CDC brasileiro.^{42/43}

Já quanto à proteção ao consumidor, desempenhada pelo CDC brasileiro (Lei 8.078/90), de forma sumarizada, Adalberto SIMÃO FILHO descreve o seu conteúdo, como contendo disposições sobre:

“ . Proteção contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos e nocivos (art. 6º - I);

. Direito de obter informações adequadas e claras acerca do produto ou dos serviços (art. 6º - III);

. Proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (art. 6º - IV c/ c. art. 36);

. Efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º VII);

. Direito de arrependimento (art. 49);

. Proteção contra práticas consideradas abusivas (art. 39);

. Proteção contratual e contra cláusulas abusivas (art. 46 c/c. art. 51);

. Facilitação da defesa, proteção na hipossuficiência e inversão do ônus da prova (art. 6º VIII);

. Direito de foro”⁴⁴

No nosso entendimento, o CDC brasileiro protege o consumidor que contrata eletronicamente, sendo este contrato considerado pelo próprio CDC como uma contratação realizada fora do estabelecimento comercial, que deve, portanto, respeitar todas as exigências desse diploma legal.

O CDC incide sobre os contratos eletrônicos, vez que a hipossuficiência do “ciber-consumidor” há que ser protegida, exigindo-se igualmente clareza e transparência nas contratações eletrônicas.

Nesses contratos celebrados à distância por meio eletrônico, a doutrina é unânime no entendimento de que cabe ao consumidor o prazo de reflexão de sete dias, de acordo com o Artigo 49 do CDC.⁴⁵

A doutrina entende que também nos contratos celebrados à distância, dentre eles, as transações eletrônicas, o consumidor tem direito à informação sobre:

⁴¹ Na p. 85 desse trabalho, encontramos justamente o item intitulado “O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 como lei de aplicação imediata: a opinião da doutrina em matéria de comércio eletrônico”. MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata... p. 85 e ss.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata... p. 87.

⁴³ No Brasil, quanto à regulamentação específica em matéria de comércio eletrônico, cumpre lembrar que a OAB elaborou o anteprojeto, que foi encaminhado à Câmara dos Deputados e se tornou o Projeto de lei nº. 1589 de 1999. O anteprojeto inspirou-se na Lei Modelo da UNCITRAL e na proposta de diretiva Europeia. No Título II – Comércio Eletrônico, há o Capítulo VI – “Das normas de proteção e defesa do consumidor”, que determina a aplicação de todas as normas de direito do consumidor ao comércio eletrônico.

⁴⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet... p. 24-25.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiro..., p. 82-83.

- “ . Identidade e endereço do vendedor;
- . Características essenciais dos bens e serviços;
- . Preço incluindo impostos;
- . Custos de frete e entrega;
- . Modo de pagamento e de entrega;
- . Existência de um direito de rescisão;
- . Prazo de validade da oferta e garantia”.⁴⁶

Dessa forma, defendemos a tese de que – conforme já visto - mesmo quando, por força do elemento de conexão brasileiro, se houver de aplicar o direito estrangeiro à transação comercial eletrônica, incidirão as regras protetivas do CDC de caráter cogente, pois a boa técnica do Direito Internacional Privado determina que o direito estrangeiro não será aplicado, em grossas linhas, quando ofender a ordem pública do foro ou quando existirem normas cogentes a respeito.

Para além da questão de imposição das normas cogentes do foro ou da aplicação da *lex fori* quando houver ofensa à ordem pública, deverá, conforme já dito, ser aplicado às relações jurídicas de DIPr consumeristas – tal qual já ocorre para as relações jurídicas de direito do trabalho – o direito mais benéfico à parte hipossuficiente (consumidor, de um lado, e empregado, de outro), comparando-se o direito material de todos os Estados envolvidos nessa relação jurídica.⁴⁷

1.4.1. Dos contratos celebrados “à distância”: regulamentação brasileira

Para os contratos celebrados à distância, tem-se a regra clássica do § 2º do Art. 9º, a saber: “Art. 9º: § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

Trata-se de uma regra clássica, estatuída antes dos avanços das telecomunicações, quando os contratos à distância se resumiam basicamente a cartas e telegramas e conseguia-se facilmente identificar a figura do proponente.⁴⁸

Hoje, nas transações dos contratos internacionais, ao longo de toda a negociação, há a troca de várias minutas, sendo o contrato construído em várias etapas, não sendo nítida a identificação das figuras do proponente e do destinatário da oferta (também conhecido como oblato).

⁴⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet..., p. 25.

⁴⁷ Dado que, tanto nas relações trabalhistas, quanto nas consumeristas, há uma parte hipossuficiente, por uma questão de coerência, a disciplina já existente quanto ao direito aplicável às relações trabalhistas deve ser a mesma para as consumeristas, considerando que deve haver quanto à interpretação de regras jurídicas, dentre os critérios de hermenêutica, a interpretação sistemática e considerando que a conformação do ordenamento jurídico passa pela necessária coerência. A respeito de coerência enquanto corrente filosófica, veja-se o verbete *coherentism* no *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, editado por Robert Audi, pela Cambridge University Press, em 1995 (p. 133): AUDI, Robert (coord.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 133.

⁴⁸ Não há no atual Código Civil brasileiro – que é de 2002 – norma específica sobre contratos eletrônicos. Os Artigos referentes à contratação à distância permaneceram com a marca clássica da identificação das figuras do proponente e do aceitante, a saber:

“Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I – no caso do artigo antecedente;

II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III – se ela não chegar no prazo convencionado.”

“Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.”

“Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

Nos princípios do UNIDROIT (Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado), para os Contratos Comerciais Internacionais, também encontramos a necessidade de se identificarem as figuras do proponente e do oblato:

“Capítulo 2 – Formação do Contrato e Poder de Representação.

Seção 1: Formação do Contrato

Artigo 2.1.1 (modo de formação)

O contrato conclui-se quer pela aceitação da proposta, quer por uma conduta das partes que demonstre suficientemente a existência do acordo mútuo”.

Mas, como bem apregoa Luiz Olavo Baptista, nos contratos internacionais, são raros os casos em que se pode “estabelecer quem fez a oferta, pois esta nasce de consultas e tratativas entre as partes”.⁴⁹

No período negocial não há uma oferta e uma aceitação. O processo de tratativas é todo ele uma “troca de informações”. Há na verdade uma troca de propostas, até que a proposta de uma das partes é aceita pela outra parte co-contratante.

Além do que, as negociações pré-contratuais e sua complexidade nos contratos internacionais contribuem ainda mais para a não adequação dos paradigmas clássicos, ao criarem novos modelos jurídicos para a fase dos entendimentos preparatórios. Maristela BASSO alude para o fato de que, a crescente importância e complexidade do período de negociações preliminares faz surgir novos modelos jurídicos usados na prática do comércio internacional: cartas de intenção, acordos de segredo, garantias, ... O edifício clássico não dá importância à “minuta” (*form book*); também conhecida como *punctatio* (*puntuazione*).⁵⁰

Ugo DRAETTA entende que os ordenamentos internos são “generalmente inadeguati a fornire una disciplina soddisfacente alla ricchezza e al livello di complessità raggiunti dalla prassi relativa alla formazione dei contratti internazionali”.⁵¹

Daí a *praxe*, no comércio internacional, de se utilizar a cláusula de escolha do direito aplicável nos contratos internacionais.⁵²

No Brasil, porém, Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques afirmam categoricamente que para a doutrina majoritária brasileira, as normas de DIPr brasileiras são obrigatórias por serem leis federais (especificamente referem-se à LICC/1942), devendo-se assim aplicar o seu Artigo 9º para a determinação do direito aplicável aos contratos, excluindo “a autonomia da vontade nos contratos internacionais em geral, quanto mais os de consumo”.⁵³

Urge aqui afirmamos que, para as relações de consumo celebradas pelos meios eletrônicos, a determinação de que se terá que aplicar o local da constituição da obrigação, não significa *per se*, proteger de fato o consumidor. Mais protetivo é o entendimento de se aplicar o direito mais benéfico a esse, comparando-se as normas consumeristas dos Estados envolvidos no caso.

Além disso, se nos restringirmos ao disposto no Artigo 9º § 2º da LINDB para os contratos internacionais eletrônicos, aplicar-se-ia o direito da residência do fornecedor em razão dele ser o proponente (Art. 30 CDC), o que deixaria o consumidor brasileiro à mercê de uma normativa potencialmente menos protetiva do que o CDC. Daí resta incontroverso que o sistema da

⁴⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos Contratos Internacionais: Uma Visão Teórica e Prática. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 30.

⁵⁰ BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 107-108.

⁵¹ DRAETTA, Ugo. Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti. Padova: Cdam, 1988, p. 151.

⁵² Sobre a admissão no Brasil dessa cláusula, vide *supra*, nota 28.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata..., p. 87.

LINDB é insuficiente para abarcar a realidade das relações consumeristas internacionais dado que estas possuem especificidades tais que exigem por parte do DIPr novos mecanismos capazes de fazer frente à imprescindível necessidade de proteção do consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, sanando o desequilíbrio contratual. Esses novos mecanismos do DIPr passam pelo método das normas de aplicação imediata e pelo elemento de conexão “direito mais benéfico ao consumidor”.

Cláudia Lima Marques é do entendimento de que:

“melhor ainda seria elaborar uma norma flexível, indicando a lei do domicílio do consumidor (analogicamente ao Art. 101 do CDC) como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei escolhida (limitadamente) pelas partes no contrato, caso esta seja mais favorável ao consumidor. Elaborar uma norma específica evitaria que a jurisprudência considerasse todo o CDC como norma de aplicação imediata...”⁵⁴

Vamos mais além; entendemos que independentemente das partes terem se valido da sua autonomia na escolha do direito aplicável, optando pelo direito mais benéfico ao consumidor – o que me parece pouco provável⁵⁵ que ocorreria nos contratos eletrônicos nos quais o consumidor apenas adere às condições estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor – dentro do que já existe hoje no ordenamento jurídico brasileiro, está fundamentada a tese de que deverá o juiz aplicar o direito mais benéfico ao consumidor, pelos motivos já aqui expostos.

1.4.2. *Leading Case brasileiro sobre contratos internacionais de consumo*

A jurisprudência brasileira tem aplicado concretamente o CDC às relações jurídicas de DIPr consumeristas, como lei de aplicação imediata, prescindindo, portanto, do que dispõe o Artigo 9º da LINDB.

O *leading case* a respeito versa sobre um turista brasileiro que volta ao Brasil após adquirir um produto defeituoso no exterior. Tratava-se de produto da marca mundialmente conhecida, a Panasonic, adquirido nos Estados Unidos da América, distribuído pela matriz no Japão e produzido provavelmente na Indonésia ou na China. O Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵⁶,

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiro..., p. 90.

⁵⁵ Cláudia Lima Marques nas duas últimas páginas de seu trabalho “A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros...”, p. 98-99, transcreve o Artigo 2º da sugestão que fez de CIDIP VII, nestes termos: “Art. 2 – Proteção contratual geral §1º Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratos à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços” [grifo nosso]. Nesse mesmo sentido, de lege ferenda, encontra-se no já supra mencionado Art. 101 do Projeto de Lei do Senado (PLS 281/2012), em seu Parágrafo único. “Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça”. A questão que aqui colocamos é: terá o consumidor passivo alguma possibilidade na contratação eletrônica de manifestar sua vontade na escolha do direito aplicável? Saberá o consumidor passivo – que é não profissional – qual o direito que lhe seja mais favorável? Irá o fornecedor (quem estabelece de antemão as cláusulas contratuais no site, às quais o consumidor passivo apenas tem a possibilidade de aderir mediante um click) optar pela lei que lhe seja menos favorável? Justamente em razão da debilidade da escolha do direito aplicável nesse tipo de contratual, redundar em benefício ao consumidor, é que há o Artigo 3º do Projeto de CIDIP VII, nestes termos: “Art. 3 Normas imperativas § 1º. Não obstante o previsto nos artigos anteriores, aplicar-se-á necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor”. A pergunta que resta aqui é: e se porventura houver um direito mais benéfico ao consumidor, conectado a essa contratação? Sobre essa proposta de CIDIP, veja-se MARQUES, Cláudia Lima. A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, n. 5, out. 2014, p. 75-106. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/51112> [acesso em: 29/09/2018]. Ao término desse trabalho, em anexo, encontra-se o texto dessa proposta de CIDIP VII.

⁵⁶ Recurso Especial (REsp) nº 63.981-SP (Superior Tribunal de Justiça). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 63981 SP 1995/0018349-8. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/330218/recurso-especial-resp-63981-sp-1995-0018349-8> [acesso em: 28/09/2018]. Esse REsp tem por ementa: “DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA

aplicando o CDC – sem fazer referência alguma ao Artigo 9º da LINDB - responsabilizou a filial brasileira pela garantia do produto.^{57 / 58}

2. O Comércio Eletrônico

Não há como falar-se em comércio eletrônico sem abordar a Sociedade de Informação. Senão, vejamos.

2.1. A “SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO”

Com os avanços da tecnologia e dos meios de comunicação, cada vez mais um número maior de pessoas tem acesso aos meios eletrônicos, tanto para se comunicar, quanto para realizar operações comerciais.

A “Sociedade de Informação” é exatamente a sociedade atual, na qual agem as notórias novas tecnologias de informação e de comunicação, o que provocou mudanças socioeconômicas, que repercutiram no campo jurídico.

Para Adalberto SIMÃO FILHO:

“A sociedade de informação é um ideal a ser perseguido pelos povos como uma das formas de melhoria da qualidade de vida, conectividade, condutividade e inter-relacionamento pessoal e comercial. A nosso ver, a expressão sociedade de informação não comporta uma conceituação hermética, pois está lastreada no conceito de tecnologia da informação que, dentre outros conceitos, envolve inteligência artificial, sistemas peritos e especialistas, tendo seus contornos apenas sido delineados. Nesse contexto, a auto-estrada da informação funciona como o veículo ou infra-estrutura; as multimídias, como objeto; e a própria sociedade da informação, como resultante”.⁵⁹

A Sociedade de Informação sofreu um impulso no Brasil em 1995 com a Emenda Constitucional nº 8⁶⁰ que flexibilizou o monopólio estatal, abrindo o mercado de telecomunicações à iniciativa

MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA”. O relator desse REsp foi o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Esse caso envolveu um consumidor ativo, ou seja, turista: deslocou-se e adquiriu diretamente o bem. Quanto aos contratos internacionais eletrônicos, convém lembrar que em sua grande maioria tratam-se de consumidores passivos, dada que a aquisição geralmente é na residência do consumidor, ou seja, não há o deslocamento físico.

⁵⁷ Para mais casos nos quais aplicou-se diretamente o CDC sem se considerar a LINDB, vide jurisprudência elencada no item 2 “Exame da jurisprudência e a doutrina consumerista” deste trabalho: MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros... p. 95 e ss.

⁵⁸ Ainda sobre jurisprudência brasileira em matéria de comércio eletrônico, veja-se TEIXEIRA, Tarcísio. Comércio Eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015, especificamente o item 8.4 Jurisprudência brasileira.

⁵⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.); HADDAD JABUR, Gilberto (coord.). Direito dos Contratos II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20.

⁶⁰ Essa Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995 alterou o art. 21, incisos XI e XII, “a”, da Constituição Federal, que passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 21. Compete à União: (...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Em 1997, após essa Emenda, portanto, foi promulgada a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) lei essa que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Art. 8º da Lei) agência essa a representar o Estado, no setor, sendo responsável pelo controle e fiscalização dessas atividades e os respectivos agentes.

privada. A *internet* passou a ser um forte instrumento de consumo e prestação de serviços, tanto de natureza privada quanto pública.⁶¹

O crescimento do comércio eletrônico é incontroverso no país e no mundo. No Brasil tem aumentado sistematicamente o número de pessoas com acesso à *internet*. Segundo a ONU, o Brasil era, há dez anos, o quinto maior mercado para celular e *internet*, no mundo;⁶² hoje, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o Brasil, com 64,7% de toda a sua população conectada à *internet* – 120 milhões de pessoas – já é o quarto maior país em número de usuários de *internet*, logo atrás dos EUA (242 milhões de usuários de *internet*), Índia (333 milhões) e China (705 milhões).⁶³

2.2. OS NEGÓCIOS ELETRÔNICOS

É justamente no seio da Sociedade de Informação que se engendram os chamados negócios eletrônicos (*e-business*).

As transações comerciais eletrônicas podem se desenvolver tanto no plano estritamente estatal, quanto no regional (intra-bloco)⁶⁴, como também no internacional (realizadas por sujeitos provenientes de distintas regiões geográficas). Nestas duas últimas hipóteses (transações intra-bloco e transações internacionais), o comércio eletrônico adquire um caráter transfronteiriço.

Para Guillermo PALAO MORENO⁶⁵, é ainda no plano interno que se efetua o maior número de transações, mas é mais do que previsível o crescimento cada vez maior das transações eletrônicas regionais e internacionais, que se realizam até de modo imperceptível pelo usuário, dada a diluição das fronteiras estatais, provocada pelas novas tecnologias da informação.⁶⁶

Encontramos, no comércio eletrônico, basicamente dois tipos de atividades: a compra e venda de bens e a prestação de serviços. Ambas podem ser efetivadas entre comerciantes – é o caso do comércio eletrônico empresa-empresa⁶⁷ – ou entre comerciantes e consumidores⁶⁸ (comércio eletrônico empresa-consumidor).

⁶¹ O IBOPE - Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - já em setembro de 2000 noticiava que por volta de 14 milhões de brasileiros estavam conectados ao mundo virtual global. Esse mercado já respondia por mais de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.

⁶² De acordo com o noticiado pelo jornal on-line ESTADÃO - caderno Economia, de 22 de outubro de 2009 – (<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-e-o-5-maior-mercado-para-celular-e-internet-no-mundo,454912,0.htm>) [acesso em 30/10/09].

⁶³ Vide <https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/> [acesso em 29/09/2018]. Ainda sobre o Brasil, cumpre lembrar a elaboração de um estudo do processo nacional de implantação dessa nova estrutura socioeconômica. Trata-se do “Livro Verde”, elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Governo Federal. Tal livro é resultado de pesquisa realizada por especialistas divididos em doze grupos, quais sejam: “A Sociedade de Informação”; “Mercado, Trabalho e Oportunidades”; “Universalização de Serviços para a Cidadania”; “Educação na Sociedade de Informação”; “Conteúdos e Identidade Cultural”; “Governo ao Alcance de Todos”; “P&D, Tecnologias-chave e Aplicações”; “Infra-estrutura Avançada e Novos Serviços”; “A Evolução de Iniciativas Rumo à Sociedade de Informação no Mundo”; “Indicadores de Acompanhamento”; “Informática e Telecomunicações no Brasil” e “A Internet” (BRASIL. Sociedade de informação no Brasil – Livro Verde. Brasília: MCT, setembro de 2000).

⁶⁴ Ou seja, transações eletrônicas intra-bloco: as realizada entre sujeitos provenientes do mesmo bloco econômico, v. g., MERCOSUL, UE,... Sobre os mais diversos blocos econômicos existentes hoje, vide CELLI JR., Umberto; MERCADANTE, Araminta de Azevedo e ARAÚJO, Leandro Rocha de. Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia. Curitiba: Juruá, 2008; MENEZES, Alfredo da Mota; PENNA FILHO, Pio. Integração Regional: os blocos econômicos nas relações internacionais. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2006.

⁶⁵ Professor titular na Universidade de Valencia, Espanha.

⁶⁶ PALAO MORENO, Guillermo. Comercio Electrónico y Protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunales competentes. In PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latino-Americana. Vol. 1 Curitiba:Juruá, 2001, p. 271-272.

⁶⁷ B2B (Business to Business): transação comercial de empresa com empresa.

⁶⁸ B2C (Business to Consumers): transação comercial entre empresa e consumidor final. Haveria ainda a figura do B2G: Business to Government. OLIVEIRA, Mirela Viviane Silva Martins de; GREGIO, Ivo de Jesus Dematei. Contrato eletrônico de consumo: análise da natureza da relação jurídica e aplicação das regras do CDC. CARVALHO, Thomaz Jefferson; SILVA, Felipe Rangel da (coords.). Temas avançados de direito eletrônico. Belo Horizonte: Araes Editores, 2018, p. 79.

Há operações que podem se realizar de forma exclusivamente *on-line*, como o envio de arquivos, uma assessoria profissional *on-line*, a compra e instalação de um programa de informática através da rede, a compra de um antivírus, músicas, ebooks, filmes, *download* de produtos digitais, acesso a leilões *on-line*, etc. Nesses casos, tanto o pedido quanto o pagamento (geralmente, por meio de cartão de crédito)⁶⁹ e a entrega dos bens e/ou serviços efetuam-se *on-line*. O lugar do contrato é a rede global, deixando o contrato de ser internacional em razão do seu local de celebração, mas sim em decorrência da nacionalidade distinta do comprador e vendedor/fornecedor do serviço. Outro exemplo é a contratação de educação à distância, os chamados cursos EAD (ensino à distância).

Outras transações se desenvolvem parcialmente fora da rede, *v. g.*, a compra de um livro numa livraria virtual, a reserva eletrônica de um quarto de hotel, a compra eletrônica de uma passagem aérea, a participação num leilão virtual,... Tratam-se aqui de transações mistas, pois a entrega do bem requerido *on-line* ocorrerá pelos meios tradicionais, como o correio, o que exige da empresa uma logística para a distribuição de seus produtos.⁷⁰

Nesses negócios eletrônicos há fornecedores globais que são verdadeiras redes de distribuição, até mesmo sem sede fixa.⁷¹

Os contratos eletrônicos também se utilizam de contratos de adesão e condições gerais contratuais e são também resultado desses fenômenos da massificação contratual. O fornecedor é virtual e o consumidor é massificado⁷² e submetido a um marketing extremamente agressivo. O comprador pode encontrar uma publicidade no *site* do fornecedor e se interessar pela oferta; essa publicidade pode lhe ter chegado via e-mail – até mesmo por meio de *spams* - e já conter o *link* para ser acessado.

2.3. BENEFÍCIOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico, com a utilização das tecnologias da “Sociedade de Informação”, gera novas expectativas para o desenvolvimento do comércio, quer seja este local, regional ou internacional e traz indubitáveis benefícios para seus usuários.

Propicia as vantagens da competitividade empresarial, crescimento econômico, novos meios de comercialização dos produtos e serviços, novas possibilidades de negócios, acesso a mercados antes inacessíveis, redução de custos, rapidez da transação, o que gera para o consumidor uma maior possibilidade de escolha dentre uma maior variedade de ofertas de modo mais cômodo para o consumidor, benefícios de usufruir de ofertas que decorram dos cortes nos custos empresariais, aumento na qualidade dos produtos e serviços em decorrência da competição entre as empresas, ...⁷³

⁶⁹ Ou seja, implica numa transação financeira *on-line*. A respeito, cumpre lembrar a existência do Código do Cliente Bancário (Resolução 2878 do Banco Central do Brasil), que “dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral”. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res_2878_v4_L.pdf [acesso em 28/09/2018].

⁷⁰ MORENO, Guillermo. Comercio Electrónico y Protección de los consumidores... p. 272.

⁷¹ Sobre “estabelecimento virtual” veja-se OLIVEIRA, Mirela Viviane Silva Martins de; GREGIO, Ivo de Jesus Dematei. Contrato eletrônico de consumo: análise da natureza da relação jurídica e aplicação das regras do CDC. CARVALHO, Thomaz Jefferson; SILVA, Felipe Rangel da (coords.). Temas avançados de direito eletrônico. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 76-77.

⁷² Vide, a respeito, MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiro..., p. 68-69.

⁷³ Na opinião de Guillermo PALAO MORENO: “Para empezar, no cabe duda que el Comercio electrónico ofrece grandes y nuevas oportunidades para el Comercio interno, regional (comunitario) e internacional, así como claros beneficios que redundan en la competitividad empresarial y el propio crecimiento económico. Junto a ello, por lo que respecta a los participantes en el mismo y comenzando por los comerciantes, el Comercio Electrónico abre nuevos medios para la comercialización de sus productos y servicios, así como nuevas posibilidades de negocio y el alcance de mercados antes inaccesibles; favoreciendo con ello la competitividad empresarial, la reducción de costes y la rapidez en los negocios. Por otra parte, con relación a los consumidores y usuarios (los llamados “ciberconsumidores”), las ventajas que para

2.4. INCONVENIENTES DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Por um outro lado, a comercialização eletrônica de mercadorias e serviços comporta igualmente riscos, tanto técnicos quanto econômicos e até mesmo jurídicos.

Como problemas puramente técnicos pode-se mencionar a interrupção das comunicações ou sua lentidão. A questão do idioma pode também trazer desconforto ao consumidor e gerar-lhe incertezas quanto à clareza das informações. Já os riscos econômicos são inerentes à elevação dos custos da utilização do aparato logístico, bem como questões associadas à interceptação e alteração de um pedido, a transferência fraudulenta de valores, etc.

Já as pendências jurídicas geradas pelas transações eletrônicas dizem respeito à identificação das partes no contrato eletrônico, a validade e eficácia das transações eletrônicas, a determinação do momento de formação do contrato, a prova de sua existência, a distribuição dos riscos, a delimitação de responsabilidade, a determinação da autoridade judiciária competente para os potenciais litígios, a questão da lei aplicável ao contrato eletrônico, etc.

A distância física entre consumidor e fornecedor gera insegurança. Há insegurança quanto ao relacionamento pós-contratual e quanto ao foro competente e direito aplicável; o endereço do fornecedor não está comprovado, mas apenas informado.

Para sanar a insegurança que esses inconvenientes acarretam aos usuários urge que se faça uso de novas tecnologias que ofereçam um nível de proteção equivalente ao oferecido nas transações tradicionais dos consumidores.

Os maiores problemas gerados pelo comércio eletrônico residem justamente nos riscos e inquietações que provoca sob a ótica jurídica, o que gera um elevado nível de incerteza e por conseguinte, de desconfiança por parte dos consumidores.

Esses riscos são atinentes a vários setores do ordenamento jurídico e exigem a elaboração de um marco jurídico seguro e claro para as atividades desenvolvidas no comércio eletrônico.⁷⁴

2.5. REGULAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A doutrina discute a necessidade da criação de um novo direito para as relações jurídicas virtuais (corrente ontológica), ou se o ordenamento jurídico atual por si só seria suficiente para regular as situações do universo digital, valendo-se apenas da analogia (corrente instrumental). E por fim, a doutrina majoritária – a terceira corrente – entende que deverá existir legislação específica para a questão da segurança das operações, como o caso da assinatura digital, e para as operações corriqueiras (compra e venda, locação, direito de uso,...) aplica-se o direito conhecido no mundo real, transportando-o para os casos concretos da *Internet*.⁷⁵

No nosso entendimento, como vimos *supra*, até mesmo para os contratos internacionais que não se celebrem eletronicamente, as categorias clássicas mostram-se inadequadas.

Não é apenas uma pura e simples questão de considerar os contratos eletrônicos como os tradicionais, celebrados entre ausentes.

ellos presenta el Comercio electrónico también son varias. Y ello, al permitirle una mayor (e instantánea) posibilidad de elección entre una mayor variedad de ofertas de una forma cómoda, así como poder beneficiarse de una bajada de precios – como consecuencia de los recortes en los costes empresariales – y un aumento en la calidad y servicios por fuerza de la necesaria competencia entre las empresas. Un hecho que tendrá como lógico efecto su creciente participación en el mismo, así como la creación de nuevos hábitos de consumo que en muchas ocasiones tendrá un carácter transfronterizo”. PALAO MORENO, Comercio Electrónico y Protección de los consumidores..., p. 272-273.

⁷⁴ PALAO MORENO, Comercio Electrónico y Protección de los consumidores..., p. 273.

⁷⁵ AGUIAR, Ana Laura Fernandes de Morais; GAZZI, Fábio Pinheiro; GUERREIRO, André e REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Second Life – Uma nova forma de relacionamento e concretização de negócios jurídicos? In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge e JABUR, Gilberto Haddad (coords.). Direito dos Contratos II. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária. 2008, p. 66.

O universo virtual trouxe sim impactos socioeconômicos que precisam ser acompanhados por uma regulamentação jurídica específica para a nova realidade.⁷⁶

As contratações eletrônicas consumeristas apresentam peculiaridades, especificidades tais que as distinguem dos modos clássicos de contratação à distância, o que fez com que Cláudia Lima Marques propusesse a criação de uma Conferência Interamericana (CIDIP) específica sobre o tema.⁷⁷

2.6. OS DISTINTOS INTERESSES NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Na questão da fixação de qual o arcabouço jurídico regulamentador das situações jurídicas digitais, entra também, para as situações digitais transfronteiriças (as relações jurídicas de DIPr do mundo digital) a determinação de qual ordenamento jurídico - de que país - a ser aplicado (o direito do país do “ciber-consumidor”, do país do provedor, etc...).

Isso porque no comércio eletrônico coexistem os interesses particulares dos seus atores, quais sejam, de um lado, os interesses dos prestadores de bens e serviços e de outro lado, os dos “ciber-consumidores”.

Como princípios reguladores deste setor de atividade de natureza transfronteiriça, temos: o princípio do *Estado de origem* (benéfico, em princípio, para o provedor) e o princípio do *destino do produto* ou serviço (mais benéfico, em princípio, para o “ciber-consumidor”).

Ou seja, os prestadores de bens e serviços no comércio eletrônico estão interessados num marco jurídico que facilite sua atividade e que, portanto, fomente a liberdade de estabelecimento, a livre prestação de serviços na sociedade de informação. Deste modo, quando o comércio for transfronteiriço, pelo princípio do *Estado de origem*, sua atividade estaria regulamentada pelo ordenamento jurídico do Estado onde o comerciante estiver estabelecido.⁷⁸

Já sob a ótica dos consumidores (destinatários ou usuários) desses serviços na sociedade de informação, o interesse seria pela sua proteção, com controles legais do comércio eletrônico, submetendo este ao ordenamento do Estado onde residirem habitualmente os comerciantes (aplicação do princípio do destino: do *Estado de destino*).⁷⁹

A opção entre o princípio do Estado de origem ou o do Estado de destino é uma questão de política legislativa e diz respeito ao grau de proteção que se propiciará ao consumidor, no comércio eletrônico. No entendimento de PALAO MORENO, a lacuna jurídica só beneficia aos comerciantes, em detrimento dos consumidores.⁸⁰

⁷⁶ Sobre a determinação da lei aplicável aos contratos eletrônicos internacionais de consumo vide FERNANDES, Tiago Gomes. A determinação da lei aplicável aos contratos eletrônicos internacionais de consumo no Brasil. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Direito Internacional e da Integração. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 306-307; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. O contrato internacional celebrado pela troca de mensagens eletrônicas: a perspectiva do direito brasileiro. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Direito Internacional e da Integração. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 189-193.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiro..., p. 84 e ss. Vide infra, item 2.8.1, neste trabalho.

⁷⁸ PALAO MORENO, Comercio Electrónico y Protección de los consumidores..., p. 274.

⁷⁹ PALAO MORENO, Comercio Electrónico y Protección de los consumidores..., p. 274-275.

⁸⁰ PALAO MORENO, Comercio Electrónico y Protección de los consumidores..., p. 275.

Convém aqui lembrar que, conforme já dito supra, a tese que ora defendemos é a de que, nas relações jurídicas de DIPr consumeristas, o direito aplicável deverá ser o mais benéfico ao consumidor (o mesmo se dando nas relações trabalhistas).

2.7. COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

Como vimos *supra*, a relação contratual estará sob a proteção do CDC brasileiro quando num dos polos encontramos a figura do consumidor.

Nos contratos empresa-empresa, sendo uma a fornecedora, se a outra empresa estiver contratando na qualidade de consumidora final, haverá a incidência do CDC.

O CDC brasileiro regulará as relações de consumo quando o direito brasileiro for o direito determinado como aplicável para disciplinar a relação jurídica de DIPr.⁸¹

Num mundo globalizado, onde as fronteiras territoriais não têm contornos nítidos quanto aos efeitos produzidos pelas transações contratuais, o comércio eletrônico traz novos desafios para a determinação do juízo competente e do direito aplicável.

A evolução tecnológica tornou obsoleta a regra clássica – vista *supra* – para os contratos à distância, da determinação do local de formação do contrato pela regra de *onde residir o proponente*.

O tema do lugar da formação da obrigação é um tema clássico também para os contratos internacionais.⁸²

Ugo DRAETTA apregoa explicitamente que está em crise o monopólio normativo estatal de regulamentação das relações jurídicas entre pessoas privadas, por consequência da globalização e do comércio eletrônico.⁸³

As relações jurídicas de DIPr provenientes de meios eletrônicos, além das tradicionais questões *supra* mencionadas atinentes aos contratos internacionais, apresentam ainda o desafio da necessidade da determinação do *locus* do surgimento da obrigação, ou seja, de se saber onde se formou a obrigação.

Isso porque, como vimos, no Brasil, o elemento de conexão para a matéria obrigacional é *local da formação, do nascimento, da constituição da obrigação*. Necessita-se então saber onde se formou a obrigação para então obtermos o direito material que irá regê-la.

Será que a conexão subsidiária do § 2º do Art. 9º da LINDB aplica-se aos contratos celebrados por meios eletrônicos? ¿Podemos considerar uma obrigação contraída pela *internet* como tendo se constituído no local em que residir o proponente? ¿Mas o que se deve considerar como localidade do proponente? ¿A nacionalidade do provedor? A do *web site* hospedeiro? ¿A da *home page* da empresa proponente? ⁸⁴

Na verdade, uma contratação realizada pela *internet* está para além do que determinam as regras clássicas dos contratos à distância.

⁸¹ Não podemos aqui olvidar que, mesmo quando o elemento de conexão brasileiro determinar que seja aplicado o direito estrangeiro, o direito brasileiro se imporá quando se tratar de ofensa à nossa ordem pública e quando existirem normas cogentes brasileiras, que não possam ser afastadas pelas partes, como já visto *supra*.

⁸² Para a compreensão de alguns dos aspectos da relevância da determinação tanto do momento, quanto do lugar da formação do contrato, vide BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 96-98.

⁸³ DRAETTA, Ugo. Internet e Commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati. 2a. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 2 e ss.

⁸⁴ Isso considerando a tradicional separação entre os que provêm o serviço de acesso à rede; os que são os titulares da página e os que fornecem os conteúdos a serem apresentados. A respeito, vide AGUIAR, Ana Laura Fernandes de Moraes; GAZZI, Fábio Pinheiro; GUERREIRO, André e REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Second Life – Uma nova forma de relacionamento... p. 63.

Sobre a possibilidade de se responsabilizar o provedor pelas informações armazenadas, vide o caso Gutnick, narrado em OIKAWA, Alysson Hautsch. Conflito de leis e de jurisdição em casos envolvendo a internet: da necessidade de regulamentação internacional sobre a matéria. In: MENEZES, Wagner (org.). Estudos de Direito Internacional: anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2008, v. I, p. 72-83.

2.8. DO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS PELA *INTERNET*

Para Aires José ROVER, o Brasil não necessita, do ponto de vista do consumidor, de nova legislação para o comércio eletrônico.⁸⁵

A compra realizada pela *internet* seguiria a mesma sistemática da feita fora do estabelecimento comercial, devendo ser respeitadas as obrigações quanto ao dever de informação, etc... estabelecidas no CDC brasileiro.⁸⁶

Não concordamos com esse posicionamento de que o Brasil não necessita, do ponto de vista do consumidor, de nova legislação para o comércio eletrônico. Vejamos.

A regra clássica da determinação do direito aplicável pelo critério do “local onde residir o proponente” já é obsoleta para os contratos internacionais, conforme vimos, já que a tratativa complexa da contratação internacional dificulta a determinação das categorias estanques de proponente e oblato. Ou seja, essa regra já é insatisfatória para os contratos internacionais tradicionais, o que se dirá então, para os contratos eletrônicos...

A contratação eletrônica exige sim regulamentação específica quanto a diversos dos seus aspectos – principalmente em se tratando de relações jurídicas consumeristas⁸⁷ -, como o da assinatura digital, segurança na transferência eletrônica de valores, dentre vários outros.

De acordo com Danielle Quintas de Lima:

“Indubitavelmente há peculiaridades nas relações de consumo virtual, que demandam por adequação das normas consumeristas, diante da complexidade técnica, tecnológica e jurídica, para garantia da efetiva aplicação do CDC e da plena proteção ao consumidor no ambiente virtual. Esse tipo de comércio eletrônico ou e-commerce, ensejaram 80 (oitenta) milhões de ações de litigiosidade em 2013 (Revista Infomoney, 2013). Dessa forma, tornou-se necessário a implementação de alterações no CDC que atendessem às novas demandas desse mercado consumidor. Em 15 de março de 2013, foi sancionado o Decreto (...) nº 7.962, que regulamenta o CDC, trazendo normas específicas para o comércio eletrônico. Contudo, o referido decreto mostrou-se genérico e deixou de abordar pontos controversos desse tipo de negócio jurídico.”⁸⁸

⁸⁵ Aires José ROVER apregoa que: “Do ponto de vista do consumidor, não há necessidade de nova legislação para regular o comércio eletrônico no Brasil. O Código de Defesa do Consumidor, quer pela sua modernidade ou pela qualidade de elaboração, é absolutamente aplicável e satisfatório para regular o comércio eletrônico entre o fornecedor e o consumidor”. ROVER, Aires José. O direito e o governo frente ao desenvolvimento do comércio eletrônico. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latino-Americana. Vol. 1 Curitiba: Juruá, 2001, p. 52.

⁸⁶ Nunca é demais lembrar que o CDC só incidirá nas transações realizadas pela internet (compra e venda, contratação de serviços, ...) se a relação jurídica se der entre consumidor e estabelecimento virtual, e não entre empresa/empresa, a não ser que uma desta esteja atuando como destinatária final do produto/serviço, como vimos supra. Vide, a respeito, supra, a nota 7.

⁸⁷ É esse também o entendimento de Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques, quando afirmam que: “Se o direito do consumidor tem vocação internacional, em tempos pós-modernos de forte globalização e utilização do mundo virtual, conclui-se mesmo pela insuficiência da proteção nacional e do DIP clássico, prevendo-se a necessidade de uma aproximação funcional, que una normas clássicas de conflito e normas materiais. O consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior.” In MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata... p. 68-69.

⁸⁸ LIMA, Danielle Quintas de. As Perspectivas do Comércio Eletrônico no Projeto de Lei do Senado Federal – PLS nº 281/2012 que altera o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – n. 12 – Agosto / Dez., p. 50. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/perspectivas-do-com%C3%A9rcio-eletr%C3%B4nico-no-projeto-de-lei-do-senado-federal-%E2%80%933pls-n%C2%BA-2812012-0> [acesso em 28/09/2018].

Para o texto do Decreto 7.962/2013, veja-se: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm [acesso em 28/09/2018].

Para o texto do Decreto 7.962/2013, veja-se: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm [acesso em 28/09/2018].

Para o texto do Decreto 7.962/2013, veja-se: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm [acesso em 28/09/2018].

Informa ainda a autora que sobre o tema de proteção ao consumidor no comércio eletrônico, tramitam hoje mais de 100 (cem) emendas para 3 (três) projetos de lei que alteram e detalham o atual CDC, regulamentando o comércio eletrônico, inclusive ações coletivas.⁸⁹

Há que se destacar aqui também, quanto à regulamentação brasileira, o Marco Civil da Internet, que se obteve pela Lei 12.965 de 23/04/2014,⁹⁰ estabelecendo de “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, bem como o Decreto nº 2.181 de 20/03/1997, que dispõe sobre a “organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências”.^{91 / 92}

2.8.1. Projeto de Lei do Senado - PLS nº281/2012

Esse PLS nº281/2012⁹³ foi aprovado pelo plenário do Senado Federal aos 28 de outubro de 2015, seguindo para apreciação pela Câmara dos Deputados.

Ele cria uma nova seção no CDC (a Seção VII “Do Comércio Eletrônico”), que estabelece normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, colimando assegurar tutela efetiva, preservar segurança nas transações e privacidade dos dados pessoais (Art. 45-A).

No Art. 45-D, II, inclui dentre as obrigações do fornecedor, a de fornecer ao consumidor “uma via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução.”⁹⁴

Veja-se, a respeito, o Projeto de Lei (PL) 3514/2015, apensado ao Projeto de Lei do Senado (PLS) 281/2012. O primeiro está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488> [acesso em: 28/09/2018] e o segundo (o PLS 281/2012), disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4181391&disposition=inline> [acesso em 28/09/2018].

⁸⁹ Prossegue a autora: “Esses textos foram criados por uma comissão de juristas, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça – Herman Benjamin, submetidos à análise de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e a Associação Brasileira de Cartões de Crédito e Serviços (Abecs), e que ainda promoveu 37 (trinta e sete) audiências públicas nas capitais brasileiras para debate dos temas em conjunto com a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado (CMA). No que tange ao comércio eletrônico, o Projeto de Lei do Senado - PLS nº281/2012 de autoria do Senador José Sarney (PMDB/AP), recebeu 31 (trinta e uma emendas), 15 (quinze) das quais foram aceitas no voto favorável do relator Ricardo Ferraço (PMDB/ES) ...” LIMA, Danielle Quintas de. *As Perspectivas do Comércio Eletrônico...* p. 50-51.

⁹⁰ Lei 12.965/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm [acesso em: 28/09/2018].

⁹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm [acesso em 29/09/2018].

⁹² Sobre regulamentação brasileira dos contratos internacionais consumeristas, veja-se também supra, os itens 1.4 – Regulamentação brasileira do Direito Aplicável ao Contrato Internacional; item 1.4.1 – Dos contratos celebrados à distância: regulamentação brasileira e item 1.4.2 – Leading Case brasileiro sobre contratos internacionais de consumo.

⁹³ BRASIL. PROJETO DE LEI DO SENADO. PLS nº 281/2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4181391&disposition=inline> [acesso em 28/09/2018].

⁹⁴ Isso também está disciplinado no Decreto regulamentador do CDC (Decreto nº 7.962/2013, Art. 4º, inciso IV, nos seguintes termos: “Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

- I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos; II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação; V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor”.

Para o texto do Decreto nº 7.962/2013, veja-se: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm [acesso em 28/09/2018].

No Art. 45-E são estabelecidas proibições ao fornecedor, dentre elas, *spam* (*caput* do Art. 45-E).

Merece destaque o estatuído nesse mesmo Art. 45-E, §5º, inciso II, referente a sigilo de dados, que proíbe o fornecedor de: “veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais”.⁹⁵

O Art. 49 estabelece o prazo de sete dias para a desistência, por parte do consumidor, da contratação à distância, contados “da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último”.⁹⁶

Passemos agora à análise da proposta de CIDIP VII.

2.8.2 Proposta brasileira de CIDIP VII sobre Proteção ao Consumidor

A CIDIP VII foi convocada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁹⁷ por meio das resoluções AG/RES 123 (XXXIII-0/03)⁹⁸ e AG/RES 2033 (XXXIV-0/04)⁹⁹ por meio das quais solicitou-se ao Conselho Permanente que realizasse consultas aos Estados membros sobre possíveis temas para a agenda, o que foi feito por meio da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos.

Não obstante os Estados membros terem apresentado formalmente oito temas, decidiu-se que a CIDIP VII limitar-se-ia a no máximo dois.

A Assembleia Geral, por meio da Resolução AG/RES 2065 (XXXV-0/05) aprovou formalmente a agenda com os dois temas¹⁰⁰ e solicitou ao Conselho Permanente que estabelecesse a metodologia dos trabalhos necessários preparatórios. Na sequência, os Estados membros designaram funcionários governamentais *experts*¹⁰¹ nos referidos temas para participar dos trabalhos preparatórios.

A Assembleia Geral solicitou ainda ao Comitê Jurídico Interamericano que colaborasse com os trabalhos preparatórios e solicitou à Secretaria que explorasse formas de colaboração com Organizações Internacionais com experiência nesses temas, incluindo a Conferência da Haya sobre Direito Internacional Privado, a Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, dentre outras.

A CIDIP VII acabou sendo celebrada na sede da OEA (Washington) aos 09/10/2009, mas logrou aprovar Regulamento Modelo com relação ao tema dois da agenda, qual seja, garantias

⁹⁵ O Artigo 72-A desse PLS281/2012 criminaliza a violação dessa obrigação de sigilo de dados, nos seguintes termos: “Art. 72-A. Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais. Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

⁹⁶ Já na redação atual do Art. 49 do CDC tem-se: “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

⁹⁷ Essas informações estão disponíveis em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_conferencias_Cidip_VII.asp [acesso em 29/09/2018].

⁹⁸ Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_1923_XXXIII-O-03_esp.pdf [acesso em 29/09/2018].

⁹⁹ Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2033_XXXIV-O-04_esp.pdf [acesso em 29/09/2018].

¹⁰⁰ São eles: tema 1: Proteção ao Consumidor: lei aplicável, jurisdição e restituição monetária – *moneraty redress* – (Convenções e Leis Modelo) e tema 2: Garantias Mobiliárias (*secured transactions*).

¹⁰¹ Acerca da atuação de Cláudia Lima Marques como delegada brasileira, vide o seu artigo: MARQUES, Cláudia Lima. A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 5, out. 2014, especificamente na nota nº 1 na p. 75. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/51112> [acesso em: 29/09/2018].

mobiliárias: adotou-se um Regulamento Modelo dentro do previamente estabelecido na CIDIP VI¹⁰² na qual se aprovou a Lei Modelo Interamericana sobre garantias mobiliárias.

3. A proteção ao consumidor no MERCOSUL

Neste tópico abordaremos a criação do Mercosul para então passarmos desde logo a questões mercosulianas atinentes à competência jurisdicional e proteção ao consumidor.

3.1. A criação do MERCOSUL e seus Estados membros

O MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) tem por ato constitutivo o Tratado de Assunção (assinado aos 26/03/91 pelo Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina¹⁰³ e entrou em vigor em 29/11/91).¹⁰⁴

Tinha, portanto, como Estados membros: Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina.

Já com o *status* de Estados-Associados, mediante Acordos de Complementação Econômica firmados entre o Mercosul e cada qual desses Estados associados, temos Chile (25/06/96); Bolívia¹⁰⁵ (17/12/96); Peru (2003); Colômbia, Equador e Venezuela (2004), esta, inicialmente, com o *status* de Estado-Associado. Também como Estados-Associados, hoje, estão a Guiana e o Suriname.

Nesses Acordos de Complementação Econômica estabelecem-se “cronogramas para a criação de uma zona de livre comércio com os países do Mercosul e uma gradual redução de tarifas

¹⁰² A respeito da CIDIP VI, vide ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CIDIP – Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado. CIDIP VI. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_conferencias_Cidip_VI.asp [acesso em 29/09/2018] e a respeito da CIDIP VII, vide o site já supra citado, na nota 87: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_conferencias_Cidip_VII.asp [acessado em 29/09/2018].

¹⁰³ Sobre o Tratado de Assunção cumpre lembrar que foi assinado aos 26 de março de 1991, em Assunção, no Paraguai; recebeu a aprovação legislativa nos quatro Estados-partes nesse mesmo ano de 1991: na Argentina, pela Lei 23.981/91; Brasil, Decreto-legislativo 197, de 25/09/1991; Paraguai, Lei 9/91 e Uruguai, Lei 16.196/91. Paraguai e Uruguai depositaram os respectivos instrumentos de ratificação em 06/08/91; Argentina e Brasil, em 30/10/91 (ALTERINI, Atilio Aníbal; BOLDORINI, María Cristina. El sistema jurídico en el MERCOSUR: estructura general, instrumentos fundacionales y complementarios. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 9).

Foi firmado pelos presidentes e Ministros das Relações Exteriores dos quatro Estados-membros; Argentina: Carlos Saul Menem e Guido di Tella, Brasil: Fernando Collor de Mello e Francisco Rezek, Paraguai: Andrés Rodríguez e Alexis Frutos Vaesken e Uruguai: Luis Alberto Lacalle Herrera e Héctor Gros Espiell (BÖHLKE, Marcelo. Integração regional & autonomia do seu ordenamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2003, p. 137).

No Brasil, foi aprovado pelo Congresso brasileiro em 25/09/91 e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto nº 350, publicado no Diário Oficial de 22/11/91.

¹⁰⁴ O Tratado de Assunção entrou em vigor em 29/11/91, de acordo com o que determina o seu Artigo 19 (FERREIRA, Aldo Leão. Mercosul: comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 13). Vide também, a respeito, DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. Derecho Comunitario: Sistemas de Integración – Regimen del Mercosur. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 147.

Artigo 19: “O presente Tratado terá duração indefinida e entrará em vigor 30 dias após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados ante o Governo da República do Paraguai, que comunicará a data do depósito aos Governos dos demais Estados-Partes.

O Governo da República do Paraguai notificará ao Governo de cada um dos demais Estados-Partes a data de entrada em vigor do presente Tratado”. Resta claro aqui o caráter da intergovernamentalidade, presente no Mercosul, o que significa dizer: a) os governos dos Estados estão representados no principais órgãos e b) esses – grosso modo - só aprovam alguma medida quando houver consenso (se um dos Estados membros não ratifica um Tratado celebrado no seio do Mercosul, este não entrará em vigor para o bloco inteiro). Já a União Europeia é marcada pela característica da supranacionalidade nos seus principais órgãos, o que significa: a) esses órgãos são compostos por funcionários da UE, que não representam seus Estados de origem, mas sim, defendem os interesses da UE e há quórum específico estabelecido para a aprovação das medidas, a depender dos assuntos, variando desde a maioria simples, maioria qualificada ou unanimidade. Um exemplo para o qual se exige a unanimidade, é para a entrada de um novo Estado membro na UE. Por esse motivo, a Turquia não conseguiu entrar até hoje, pois não é unânime o entendimento dentre os 28 Estados membros da UE (28 contando ainda com o Reino Unido cuja efetivação do BREXIT dar-se-á em 2019).

¹⁰⁵ A Bolívia hoje encontra-se em processo de adesão; uma vez concluído esse processo, passará a gozar do status de Estado membro.

entre o Mercosul e os países associados – que passam a poder participar na qualidade de convidados nas reuniões dos órgãos do Mercosul e poder celebrar convênios sobre matérias comuns”.¹⁰⁶

Quanto à situação da Venezuela perante o MERCOSUL, cumpre mencionar que esta ratificou o *Protocolo de entrada* em 04 de julho de 2006. “Durante a XXIX Conferência do Mercosul em Montevideu no dia 9 de dezembro de 2005, foi outorgado o *status* de Estado-membro em processo de adesão, que na prática significa poder de voz, mas não de voto no Mercosul. Uma vez que a Venezuela adotou o marco legal, político e comercial do Mercosul, na metade de 2006 foi firmado o protocolo para converter-se em Estado-membro (CMC nº 29/05),...”¹⁰⁷ Com a ratificação desse Protocolo por parte da Venezuela, esta se torna Estado membro do Mercosul porém em decorrência da ditadura de Maduro que se impôs na Venezuela, esta foi suspensa do MERCOSUL, por violar a cláusula democrática do Artigo 5º, § 2º do Protocolo de Ushuaia.

Neste tópico, abordaremos a proteção ao consumidor no MERCOSUL e teceremos breves comentários quanto ao direito interno dos seus Estados-membros em exercício (Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina).¹⁰⁸

3.2. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO MERCOSUL

Resta-nos perquirir acerca da regulamentação no MERCOSUL da proteção ao consumidor, indo desde competência jurisdicional até regras de fundo. Vejamos.

3.2.1. Da competência jurisdicional

Quanto à competência jurisdicional (onde ajuizar a ação) sobre as relações contratuais no âmbito do MERCOSUL, temos o Protocolo¹⁰⁹ de Buenos Aires de 05 de agosto de 1994 que disciplina a jurisdição internacional em matéria contratual.¹¹⁰

¹⁰⁶ BASSO, Maristela. Mercosul: do Passado ao Futuro. In BASSO, Maristela (org.), Mercosul – Mercosur – Estudos em Homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25.

¹⁰⁷ BASSO. Mercosul: do Passado ao Futuro..., p. 25.

¹⁰⁸ Conforme já dito na Apresentação do Problema, o escopo aqui não é trazer um panorama completo da regulamentação da proteção ao consumidor no Mercosul, seus Estados membros em exercício e pela União Europeia; o intuito é antes apenas indicar o início do itinerário, ou seja, os primeiros regramentos sobre a matéria, não chegando, portanto, as referências, até os dias de hoje.

¹⁰⁹ Convém mencionar que no MERCOSUL, apenas o primeiro Tratado, o constitutivo – o que criou o MERCOSUL, o Tratado de Assunção – recebe o nome de Tratado e todos os demais, de Protocolo, por serem complementares ao Tratado de Assunção.

¹¹⁰ Entrou em vigor internacional em 06 de junho de 1996. Foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 129 de 05/10/95 e o Brasil depositou a Carta de Ratificação em 07 de maio de 1996, passando a vigorar para o Brasil em 06 de junho de 1996 (o decreto de promulgação - Decreto nº 2.095 – é de 17/12/96). Nunca é demais mencionar que o trâmite brasileiro de incorporação de um Tratado à ordem interna brasileira é, em grossas linhas:

Assinatura: assinatura do texto do Tratado, na conferência internacional, pelo representante do Chefe de Estado brasileiro (o diplomata plenipotenciário);

Aprovação: pelo Congresso Nacional, com a respectiva publicação no Diário Oficial da União, do Decreto Legislativo;

Ratificação: depósito da Carta de Ratificação, pelo Poder Executivo, geralmente na cidade que sediou a Conferência e

Promulgação: também realizada pelo Poder Executivo, é a publicação no Diário Oficial da União, do Decreto Executivo (Decreto sancionador, presidencial, de promulgação do Tratado).

É nessa quarta e última fase que o Tratado, uma vez incorporado à ordem interna brasileira, passa a vigorar para o Brasil, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, embora não haja qualquer disposição constitucional brasileira que exija essa promulgação e nossa posição é a de que é óbvio que o Brasil se obriga internacionalmente na fase da ratificação: nessa fase, cumprem-se todas as exigências legais brasileiras e o Brasil assume internacionalmente a obrigação de cumprir o tratado, o que significa que esse passa a ser obrigatório internamente, devendo os tribunais internos brasileiros seguir-lhes as disposições. O único modo que um Estado dispõe para desvincular-se de um tratado ratificado, é por meio do instituto da denúncia, sendo que, uma vez denunciado o tratado, ainda deve o Estado continuar cumprindo o tratado até que transcorra o prazo exigido por esse instituto da denúncia.

Para mais informações sobre o procedimento de incorporação dos tratados ao ordenamento interno brasileiro, vide MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A processualística dos atos internacionais. In CASELLA, Paulo Borba (org.), Contratos internacionais e Direito econômico no MERCOSUL. São Paulo: Ltr, 1996, pp. 471-487.

Esse Protocolo de Buenos Aires permite a autonomia das partes para a eleição do foro competente para dirimir a contenda, podendo as partes se submeterem a juízes estatais ou tribunais arbitrais.¹¹¹

Caso as partes não tenham feito a opção de eleição de foro competente, o Artigo 7º do Protocolo de Buenos Aires determina os critérios de jurisdição subsidiária, nos seguintes termos:

“Art. 7º: Na ausência de acordo, têm jurisdição a escolha do autor:

- a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato;
- b) o juízo do domicílio do demandado;
- c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação.”

O Protocolo exclui do seu âmbito de aplicação os contratos de venda ao consumidor.¹¹² Para estes contratos, há o Protocolo de Santa Maria de 1996¹¹³ que determina justamente a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que uma das partes contratantes seja consumidor.

O Protocolo de Santa Maria determina quanto ao juízo competente, que as demandas estabelecidas pelo consumidor serão entabuladas perante o juiz do domicílio do consumidor.¹¹⁴

Também terá jurisdição internacional excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de estabelecer a demanda, o Estado de celebração do contrato, do cumprimento da prestação do serviço ou entrega dos bens, ou o domicílio do demandado.¹¹⁵

3.2.2. *Em suma: competência jurisdicional no MERCOSUL*

Em síntese, quanto à competência jurisdicional contratual no MERCOSUL, o Protocolo de Buenos Aires – sobre jurisdição internacional em matéria contratual – privilegiou a autonomia da vontade das partes na eleição do foro competente. E caso estas não tenham expressado sua vontade elegendo o foro competente de comum acordo, como critérios subsidiários, temos:

¹¹¹ É exatamente o que disciplina o seu Art. 4º, a saber: “Art. 4º, 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva. 2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais”.

¹¹² De acordo com o teor do Art. 2º: “O âmbito de aplicação do presente Protocolo exclui: (...) 6. os contratos de venda ao consumidor”.

¹¹³ O Protocolo de Santa Maria (sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo) foi assinado aos 22 de novembro de 1996, mas ainda não está em vigor. No site oficial do MERCOSUL - <http://www.mercosur.int> (acessado em 22/09/18) – consegue-se acessar link com o conteúdo de todos os tratados, protocolos, ... firmados no seio do MERCOSUL, bem como a informação do seu status de incorporação.

O conteúdo desses tratados, protocolos, ... também pode ser encontrado em coletâneas de tratados, como a de ARAUJO, Nadia; MARQUES, Frederico V. Magalhães; REIS, Márcio Monteiro. Código do MERCOSUL: Tratados e Legislação. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹¹⁴ É o que determina a regra geral do Artigo 4º do Capítulo III (jurisdição) do Protocolo de Santa Maria: “Artigo 4º. 1. Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor.

2. O fornecedor de bens ou serviços poderá demandar contra o consumidor perante o juiz ou tribunal do domicílio deste”.

¹¹⁵ Ou seja, além da regra geral da competência jurisdicional em matéria de relações de consumo no MERCOSUL, ser determinada pelo domicílio do consumidor, este pode optar por outros critérios, de acordo com o estatuído pelo Artigo 5º do Protocolo de Santa Maria:

“Artigo 5º. Também terá jurisdição internacional, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de ajuizar a demanda, o Estado:

1. de celebração do contrato;
2. de cumprimento da prestação de serviço ou da entrega dos bens;
3. de domicílio do demandado”.

a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato; b) o juízo do domicílio do demandado; c) o juízo do domicílio ou sede social do autor, quando demonstrar que cumpriu sua prestação.

Mas o Protocolo de Buenos Aires excluiu de seu campo de atuação os contratos de consumo, ficando estes a cargo do Protocolo de Santa Maria - sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo – que privilegia o critério do domicílio do consumidor para a competência jurisdicional, protocolo esse que não está ainda em vigor.

3.3. OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO MERCOSUL

Passemos agora à análise dos contratos eletrônicos no MERCOSUL.

3.3.1. Os contratos eletrônicos no MERCOSUL

No MERCOSUL, havia o antigo Grupo *Ad hoc* de Comércio Eletrônico, transformado no Subgrupo de Trabalho n.º 13 pelo Art. 3º da Decisão n. 59/00 do Conselho do Mercado Comum. GONGORA e TONON sugerem uma “Resolução harmonizadora para as transações eletrônicas realizadas entre os consumidores e fornecedores dos Estados-Partes do Mercosul, sendo utilizado como parâmetro a Lei Modelo da UNCITRAL e a Diretiva 97/7/CE de 20.05.97 da União Europeia, tendo em vista que o comércio eletrônico tem como principal característica a transnacionalidade”.¹¹⁶

Como não há regulamentação específica no MERCOSUL a respeito do comércio eletrônico, prevalece então a técnica de Direito Internacional Privado dos Estados membros a indicar o direito material competente para as transações eletrônicas, bem como há que se considerar também a eventual regulamentação interna dos ordenamentos nacionais desses Estados membros do MERCOSUL.

Não obstante, cumpre ainda mencionar, quanto à normativa do MERCOSUL de interesse ao comércio eletrônico:¹¹⁷

- a Resolução n.º 21/04, de 08 de outubro de 2004, sobre o “Direito à Informação do Consumidor nas transações comerciais efetuadas através da internet”¹¹⁸;

- a Resolução n.º 22/04, também de 08 de outubro de 2004, sobre o “Uso de Assinatura Digital no âmbito da Secretaria do MERCOSUL”. Está em vigor, pois não necessita de incorporação aos ordenamentos internos dos Estados membros do MERCOSUL já que trata de questões administrativas¹¹⁹;

- a Resolução n.º 37/06, de 18 de julho de 2006, sobre “Reconhecimento da eficácia jurídica do documento eletrônico, a assinatura eletrônica e a assinatura eletrônica avançada no âmbito do MERCOSUL”¹²⁰;

¹¹⁶ GONGORA, Claudia Yumie K.; TONON, Helton Falusi. O Comércio eletrônico e o direito de arrependimento do consumidor face à legislação consumerista nos países do Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Direito da Integração e relações internacionais: ALCA, MERCOSUL e UE. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 113.

¹¹⁷ Os respectivos textos podem ser obtidos no site da página brasileira do MERCOSUL <http://www.mercosul.gov.br/> no link “normativa” (acesso em 22 de setembro de 2018).

¹¹⁸ Essa Resolução necessita de incorporação: “Art. 8 - Os Estados Partes do MERCOSUL deverão incorporar a presente Resolução a seus ordenamentos jurídicos nacionais antes de 30/VI/05”. Essa Resolução está em vigor desde 29/07/2012. Vide <http://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/Normativa?ReadForm&clang=POR&id=57CA73D044A7F8C70325760E0058A080> [acesso em 29/09/2018].

¹¹⁹ Nos termos do Artigo 7º dessa Resolução: “Art. 7 - Esta Resolução não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL”.

¹²⁰ Essa Resolução necessita de incorporação: “Art. 10 – Incorporação - Os Estados Partes deverão incorporar a presente Resolução a seus ordenamentos jurídicos nacionais.”. Mas ainda não está em vigor, já que foi incorporada apenas pela Argentina. Vide <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/508/3/innova.front/resoluc%C3%B5es-2006> [acesso em 29/09/2018].

- havia a Decisão nº 13/04, de 07 de julho de 2004 sobre “Intercâmbio de informação através de sistemas informáticos”; faltava-lhe ainda a incorporação por parte do Paraguai e da Venezuela, mas foi derrogada pela Decisão do Conselho do Mercado Comum 26/06.¹²¹

3.3.2. *A proteção ao consumidor no MERCOSUL*

Já quanto à regulamentação específica sobre a proteção ao consumidor no MERCOSUL, houve o projeto de “Protocolo de defesa del consumidor del Mercosur”, mas foi rejeitado pelo Brasil na reunião de 10 de dezembro de 1997 da Comissão de Comércio do Mercosul, já que por esse Protocolo obter-se-ia a unificação das legislações dos Estados membros sobre o tema e o que se busca é o estabelecimento de “padrões mínimos a serem implementados pelos Estados-membros, dentro de certo prazo, sem prejuízo das normas nacionais que porventura sejam mais benéficas aos consumidores”¹²², a exemplo do realizado pela União Europeia com a Diretiva 99/44/CE de 25 de maio de 1999 sobre “certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas”.¹²³

No MERCOSUL, como se verá, quando um de seus Estados membros – o Uruguai – acabara de legislar sobre proteção ao consumidor, o Brasil já contava com dez anos de experiência em interpretação, estudo e aplicação da lei de defesa do consumidor.

3.4. PARAGUAI

No Paraguai tem-se a Lei nº 1334/98 (“Defensa del consumidor y del usuario”), promulgada em novembro de 1988 mas que passou a vigorar em abril de 1999.¹²⁴ Essa lei não trata especificamente do comércio eletrônico. Só se aplicaria a este se considerarmos as regras para venda fora do estabelecimento comercial.

Em seus 54 artigos, essa lei, além de definir relação de consumo, consumidor, fornecedor,... “estabelece os direitos básicos do consumidor, disciplina a oferta de bens e serviços, inclusive os prestados pelos poderes públicos, e dispõe ainda sobre proteção contratual, aspectos processuais e de educação do consumidor”.¹²⁵

3.5. ARGENTINA:

A Lei de defesa do consumidor argentina (“Ley de Defensa del Consumidor”) é a Lei 24.240/93, de 13 de outubro de 1993. Foi regulamentada pelo Decreto 1.798 de 13 de outubro de 1994 e posteriormente, modificada em parte pela Lei 24.999/98, de 01/07/98. “A exemplo da lei paraguaia, nos 65 artigos da lei argentina encontram-se as definições dos termos por ela

¹²¹ Essa Decisão CMC 26/06 está em vigor desde 26/02/2011. Vide <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1039/3/innova.front/decis%C3%B5es-2006> [acesso em 29/09/2018].

¹²² BOLINA, Caio Julius. Aspectos contratuais da proteção ao consumidor nos Estados integrantes do MERCOSUL. In SZTAJN, Rachel (coord.). Direito da Integração. São Paulo: UNICID/Cultural Paulista, 2001, p. 25. Sobre a política de proteção ao consumidor no MERCOSUL, vide LOCATELLI, Liliana. Proteção ao consumidor & comércio internacional. Curitiba: Juruá, 2009, p. 149-154; MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2008.

¹²³ Sobre os diversos instrumentos de “aproximação” jurídica (aproximação, harmonização, uniformização, coordenação, unificação, ...), vide VIEGAS, Vera Lúcia. Harmonização Jurídica e Direito de Integração: elementos para uma teoria da Harmonização Jurídica. São Paulo: USP (tese de doutorado - orientador: Prof. Dr. Paulo Borba CASELLA), 2003, p. 49 e ss. Destaque-se, nessa tese, a classificação apresentada à p. 52, diferenciando as categorias de: aproximação jurídica, harmonização jurídica, coordenação jurídica, unificação de elementos de conexão, reconhecimento mútuo de legislações e unificação legislativa (p. 49-52). Há ainda, nessa mesma tese, uma classificação das técnicas de produção das normas de harmonização jurídica (p. 135-142), com os critérios de: origem da atividade de produção das normas de harmonização jurídica (p. 135), critério da força jurídica do instrumento escolhido para a harmonização (p. 136), critério do objetivo visado pela norma de harmonização (p. 138), o critério do momento da realização da harmonização (p. 140) e do critério do conteúdo do ato de harmonização e da harmonização de procedimentos (p. 141).

¹²⁴ BOLINA, Caio Julius. Aspectos contratuais da proteção ao consumidor...., p. 23.

¹²⁵ BOLINA, Caio Julius. Aspectos contratuais da proteção ao consumidor...., p. 23-24. No entendimento do autor, essa lei paraguaia assemelha-se em vários pontos à legislação brasileira.

empregados, os limites de sua abrangência, a responsabilidade de fornecedores, a disciplina da garantia, dos procedimentos administrativos e judiciais e dos programas de formação e educação dos consumidores”.¹²⁶

Também não há na Argentina legislação específica sobre comércio eletrônico, mas havia o anteprojeto de lei sobre o tema, apresentado pela Comissão redatora nomeada pelo Ministério da Justiça. Tem-se também o Decreto nº 427 de 16 de abril de 1998 sobre assinatura digital, mas restrita ao âmbito da administração pública.¹²⁷

Em 11/12/2001 foi promulgada na Argentina a Lei 25.506 sobre assinatura digital.^{128 / 129}

3.6. URUGUAI:

O Uruguai foi o último país no MERCOSUL a legislar especificamente sobre relação de consumo e o fez por meio da Lei nº 17.189/99, modificada pela Lei nº 17.250/00 - de 17 de agosto de 2000 – “Ley de Defensa Del Consumidor”, da República Oriental do Uruguai.

Essa lei, nos seus 52 artigos, disciplina: “os conceitos de fornecedor, consumidor, serviços, produtos, relação de consumo, direitos básicos do consumidor, proteção à saúde e segurança, oferta de produtos e serviços, práticas abusivas, garantia, publicidade, contratos de adesão, questões administrativas, dentre outros aspectos”.^{130 / 131}

4. *A proteção ao consumidor na União Europeia*

Quanto à proteção ao consumidor na União Europeia (UE) temos a Diretiva 97/7/CE de 20/05/97, sobre proteção aos consumidores em matéria de contrato à distância.¹³²

Essa Diretiva foi precedida pela Recomendação da Comissão 92/925/CEE de 07 de abril de 1992 “sobre um código de conduta para a proteção dos consumidores em caso de vendas à distância entre ausentes quer por telefone, televisão ou através de computadores”.

Cumprir ainda destacar, na UE, a Resolução do Conselho, de 19/01/1999, “sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información”. No seu considerando 6, considera que: As dificuldades exigem a existência de “nuevas tecnologías que (ofrezcan) un nivel de protección equivalente al que rige en las transacciones tradicionales de los consumidores”.¹³³

A Directiva 2000/31/CE sobre certos aspectos jurídicos do comércio eletrônico no mercado interior, por sua vez, considera que: “el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad se ve limitado por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior (Considerando 5). Por isso, ressalta a necessidade de estabelecer un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (Considerando 7).”¹³⁴

¹²⁶ BOLINA, Caio Julius. Aspectos contratuais da proteção ao consumidor... p. 24.

¹²⁷ GONGORA, Claudia Yumie K.; TONON, Helton Falusi. O Comércio eletrônico e o direito de arrependimento do consumidor face à legislação consumerista nos países do Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Direito da Integração e relações internacionais: ALCA, MERCOSUL e UE. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 113.

¹²⁸ Vide <http://www.sice.oas.org/e-comm/legislation/arg/arg25506.asp> [acesso em 29/09/2018].

¹²⁹ Ainda sobre o mundo digital na Argentina, mencione-se a Lei 26.692 promulgada em 17/08/2011 (e seu Decreto 1315/2013) sobre Promoção da Indústria de Softwar. Vide <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/185701/norma.htm> [acesso em 29/09/2018].

¹³⁰ BOLINA, Caio Julius. Aspectos contratuais da proteção ao consumidor..., p. 23.

¹³¹ Ainda sobre a proteção ao consumidor na região do cone sul, vide RODRIGUES, Rhayssa Castro Sanches. O contexto integracionista do Cone Sul e a publicidade enganosa. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Direito da Integração e relações internacionais: ALCA, MERCOSUL e UE. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 575-579.

¹³² Publicada no Jornal Oficial n. 2144 de 04/06/1997, p. 0019-0027.

¹³³ PALAO MORENO, Guillermo. Comercio Electrónico y Protección de los consumidores... p. 273.

¹³⁴ PALAO MORENO, Guillermo. Comercio Electrónico y Protección de los consumidores... p. 274.

4.1. OS CONTRATOS ELETRÔNICOS NA UE

Encontramos no arcabouço jurídico da União Europeia (UE) diversas disposições acerca do comércio eletrônico. Houve essa preocupação para se evitar uma fragmentação do mercado único europeu perante a potencial pluralidade de regulamentações estatais sobre o comércio eletrônico, o que poria em risco a liberdade de prestação de serviços na sociedade de informação do espaço integrado europeu.

A regulamentação da União Europeia visava o desenvolvimento de serviços da sociedade de informação no espaço sem fronteiras interior e facilitar o crescimento das empresas Europeias e incrementar a competitividade da indústria Europeia. Isso se fez com a elaboração de uma série de textos sobre o comércio eletrônico e a assinatura digital.

Sobre comércio eletrônico encontramos, então, na UE:

- A Comunicação da Comissão da UE ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões sobre uma Iniciativa Europeia de comércio eletrônico, de 1997;
- A Diretiva 2000/31/CE do Parlamento europeu e do Conselho sobre certos aspectos jurídicos do comércio eletrônico no mercado interior, de 8 de junho de 2000.

E quanto às assinaturas eletrônicas, encontram-se:

- A Comunicação da Comissão da UE ao Conselho, ao Parlamento europeu, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões garantindo a segurança e confiança nas comunicações eletrônicas, visando um marco europeu para as assinaturas digitais e criptografia, de 1997;
- A Diretiva estabelecadora do marco comunitário para a assinatura eletrônica, de 1999.¹³⁵ / ¹³⁶

Pode-se afirmar que uma das dez prioridades da Comissão Europeia é garantir a realização de um mercado único digital na União Europeia.

Em maio de 2015 a Comissão apresentou a sua estratégia para criar um mercado único digital, que incluiu um total de 16 novos atos jurídicos e medidas e a partir de 2016 começou a apresentar propostas concretas. As novas regras terão que ser decididas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho de Ministros.

Essa iniciativa da União Europeia está calcada em três pilares: garantir acessibilidade aos meios digitais, garantir condições favoráveis à inovação digital na UE e por fim, assegurar que todos os sujeitos (cidadãos, empresas, administração pública,...) possam se beneficiar do progresso digital.

O objetivo principal é a obtenção de normas mais modernas e comuns aos Estados membros da UE no que tange à proteção dos consumidores, direitos de autor, etc.

A UE tem um programa de defesa do consumidor para 2014-2020. Dentre as obras a coleção “Compreender melhor a UE” há duas obras de 2016: uma sobre “Consumidores”¹³⁷ e um outro livro intitulado “Um mercado único digital para a Europa”.¹³⁸

¹³⁵ PALAO MORENO, Guillermo. Comercio Electrónico y Protección de los consumidores... p. 276.

¹³⁶ Para um estudo recente e detalhado sobre a proteção ao consumidor na União Europeia, vide FROTA, Mário. Direito Europeu do Consumo: Reflexos das Políticas de Consumidores da União Europeia. Curitiba: Juruá, 2007.

¹³⁷ Vide https://europa.eu/european-union/topics/consumers_pt [acesso em 29/09/2018].

¹³⁸ Vide <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/01368318-4e3d-11e6-89bd-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-77015803> [acesso em 29/09/2018].

Considerações Finais

As mudanças nas cadeias produtivas, os avanços tecnológicos, a produção em escala, a massificação do consumo, as novas técnicas agressivas de marketing, as alterações nas formas de contratação, etc... puseram em xeque o direito civil clássico.

A Sociedade de Informação é uma realidade, que traz consigo o desafio de se buscar a roupagem jurídica adequada para fazer frente às mudanças socioeconômicas.

A proteção ao consumidor no Brasil já é fruto dessa sociedade massificada e tem por carro chefe defender o consumidor, considerando a sua característica basilar da hipossuficiência.

Esse novo cenário que se descortina tem por ator coadjuvante os contratos eletrônicos, fruto das novas tecnologias de informação e de comunicação.

Em que pese a técnica do Direito Internacional Privado para se determinar o direito que regerá o contrato internacional, entendemos que, mesmo nas hipóteses de aplicação da lei estrangeira, as normas cogentes do CDC brasileiro incidirão sobre as relações de consumo celebradas por via eletrônica.

Para além disso, entendemos que o elemento de conexão para contratos internacionais consumeristas pode assim ser formulado: “aplica-se o direito mais benéfico ao consumidor, comparando-se os direitos dos Estados envolvidos na relação jurídica de Direito Internacional Privado”.

Dessa forma, também nos contratos eletrônicos, como vimos *supra*, tem o consumidor direito **à informação sobre**, *n. g.*, a identidade e endereço do vendedor, as características essenciais dos bens e serviços, o preço incluindo imposto, valor de frete, modo de pagamento e de entrega, possibilidade de direito à rescisão, prazo de validade da oferta e da garantia, ... estando, portanto, protegido pela robustez do CDC brasileiro.

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS

CONSTANZA PRIETO FIGELIST*

Tribunal: Excma. Corte Suprema de Justicia

Rol: 8750-2018

Partes: “*Luis Molina Zapata con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago*”

Tipo Recurso: Recurso de queja.

Fecha Sentencia: 22/08/2018

Hechos:

Demandante interpone recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones, por las faltas y abusos cometidos al confirmar la resolución de primer grado, que acogió el incidente de incompetencia formulado por el Consejo de Defensa del Estado, entidad que actúa como tercero coadyuvante de la parte demandada. La Corte Suprema acoge el recurso de queja deducido, se deja sin efecto la resolución de la Corte de Apelaciones y se rechaza la excepción de incompetencia, debiendo el tribunal respectivo continuar con el procedimiento de ejecución

Sumarios:

1. La idea de inmunidad de jurisdicción dice relación con el reconocimiento formal que los Estados hacen de su propia soberanía, sintetizado en el tópico “*par in parem non habet imperium*”, en virtud del cual declaran el mutuo respeto al ejercicio de sus atribuciones, en cuanto emanación de su independencia y derecho a la autodeterminación, en virtud de lo cual históricamente se aceptó en el contexto del derecho internacional la deferencia recíproca entre los Estados de no someter al otro a su propia jurisdicción. Sin embargo, tal noción, que en un principio entendía dicho derecho como una cuestión absoluta, en una comprensión contemporánea de las relaciones entre los Estados devino en un concepto donde la inmunidad de jurisdicción se reconoce como una prerrogativa acotada, según la naturaleza del acto desplegado por el Estado. En tal perspectiva, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas debe entenderse como un precepto que debe interpretarse de manera restrictiva, en cuanto favorece con inmunidad de jurisdicción sólo a los “agentes diplomáticos” a título personal, pero no al Estado al cual representan, al que sólo podrá extenderse la inmunidad absoluta en aplicación a los actos de soberanía, mas no a uno de gestión, como sucede en la especie. De este modo, no es posible extender la prerrogativa de la inmunidad de jurisdicción que consagra la citada Convención a las obligaciones laborales emanadas del vínculo laboral que una Embajada mantuvo con una persona natural, por tratarse de un acto de gestión excluido del referido beneficio y que, por lo tanto, no lo exime de la obligación de comparecer ante la jurisdicción del país destinatario y ante los Tribunales del foro (considerandos 8° a 10° de la sentencia de la Corte Suprema) Toda interpretación o yerro que limite de alguna manera el acceso a la posibilidad de obtención de un pronunciamiento judicial que adjudique un derecho, aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como admisible a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, máxime

* *Abogada chilena, Máster en Droit International Privé et du commerce international de la Université Panthéon- Assas, París, Francia.*

en un contexto de excepcional sensibilidad e importancia, como el del derecho del trabajo, sobre todo si, como en este caso, se trata de cumplir un fallo declarativo de derechos respecto del cual la jurisdicción ya definió la competencia. De este modo, resulta procedente acoger el recurso de queja, más aun cuando existe un pronunciamiento previo por parte de la Corte de Apelaciones, reconociendo competencia a los tribunales nacionales para el conocimiento del presente asunto (considerando 13° de la sentencia de la Corte Suprema)

Texto Completo:

Santiago, diecinueve de junio de dos mil dieciocho. Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el abogado señor Mauricio Chocair Triviño, actuando en representación del demandante señor Luis Roberto Molina Zapata, en los autos sobre cobranza laboral, caratulados “Molina con Embajada de México”, ingreso C2970 17 del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, dedujo recurso de queja en contra de los integrantes de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, ministros señora

María Soledad Melo Labra, señora María Rosa Kittsteiner Gentile y señor Tomás Gray Gariazzo, por haber dictado con falta o abuso grave la sentencia de diez de mayo último, por medio de la cual confirmaron la decisión de primera instancia que acogió el incidente de incompetencia formulado por el Consejo de Defensa del Estado, entidad que actúa como tercero coadyuvante de la parte demandada.

Segundo: Que el fundamento del arbitrio deducido se hace consistir en la comisión de faltas y abusos al momento de dictar la decisión impugnada, por cuanto, al confirmar la decisión que acogió la excepción de incompetencia formulada, lo hizo con infracción del artículo 447 del Código del Trabajo, al omitir indicar el tribunal competente en reemplazo del de primera instancia; por otro lado, reprocha que el fallo recurrido no contenga pronunciamiento respecto a los argumentos vertidos por su parte y por los cuales se opuso a la excepción planteada; además, alega que la parte apelante del Consejo de Defensa del Estado, comparece indebidamente como tercero coadyuvante, ya que para tener dicha calidad, es menester que la parte a la cual coadyuva haya comparecido con alegaciones semejantes y compatibles con las del tercero, lo que en la especie no sucede; por otra parte, indica que se vulneran las normas sobre competencia, especialmente la que consagra el principio de radicación, al no reconocerle al tribunal de primer grado su competencia para conocer de la ejecución de una sentencia; finalmente, reprocha la conculcación de las normas relativas a la certeza jurídica y a la cosa juzgada, por cuanto existen tres pronunciamientos previos, emitidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando la competencia de los tribunales del trabajo para conocer de la presente causa.

Pide, por lo tanto, se acoja el recurso de queja, se declare que los recurridos incurrieron en falta o abuso grave y se invalide la resolución impugnada, y en su lugar, se resuelva que el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago es competente para conocer del cumplimiento del fallo laboral dictado en contra de la Embajada de México.

Tercero: Que, informando los jueces recurridos, expresan que la resolución cuestionada se ajusta a la normativa vigente, conforme la interpretación que de ella hicieron, compartiendo los fundamentos del tribunal de primera instancia, los que, además, consideraron eran suficientes para confirmar dicha decisión, por lo que estiman no haber incurrido en falta o abuso grave.

Cuarto: Que, conforme fluye del mérito de los antecedentes, aparece que el recurso en análisis se deduce en el contexto de la ejecución de una sentencia laboral, por medio de la cual se condenó a la Embajada de México en Chile al pago de las prestaciones laborales que se indican, ordenándose la remisión del proceso declarativo al Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, para efectos de su liquidación y cumplimiento. En dicho estadio procesal se dedujo incidente de incompetencia planteado por el Consejo de Defensa del Estado en su calidad de

tercero coadyuvante, el que fue acogido por dicho tribunal, y deducida apelación en su contra, ésta fue confirmada por la resolución que aquí se impugna.

Quinto: Que, como se observa, el fallo reprochado hizo suyos los fundamentos de la decisión de primer grado, por la cual el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago se declaró incompetente para conocer de la continuación del juicio mencionado en sede de ejecución laboral, señalando al efecto que, en la especie, es aplicable la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, válidamente incorporado al sistema jurídico nacional, que en su artículo 31 establece que el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, y también de la inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto los casos que señala. Por su parte, el artículo 32 del mismo instrumento internacional, indica los casos en que el Estado acreditante puede renunciar expresamente a tal prerrogativa. Concluye que, no constando en la especie alguna de las circunstancias de exclusión de dichas normas, y gozando tales preceptos de preferencia en su aplicación, aparece que el conocimiento de la materia se encuentra fuera del alcance del artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, declarándose incompetente.

Sexto: Que el recurso de queja, contemplado en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, conforme lo dispone el artículo 545 de ese cuerpo legal, procede cuando en la resolución que lo motiva haya incurrido en falta o abuso constituidos por errores u omisiones, manifiestos y graves.

Séptimo: Que, en la especie, por medio de la decisión impugnada, se ha impedido al recurrente acceder a la tutela ejecutiva del crédito declarado por una sentencia laboral que condenó a la Embajada de México al pago de las prestaciones que señala. Instar por el cumplimiento de dichas obligaciones, conforme lo establecen las reglas generales, es de incumbencia del juzgado de cobranza laboral y previsional, el cual, por aplicación del artículo 421 del Código del Trabajo, tiene competencia para conocer de dichos asuntos, de manera que la controversia gira en torno a si, efectivamente, la Embajada de México está exenta del sometimiento a la jurisdicción nacional en este tipo de asuntos, y si los jueces recurridos incurrieron en falta y abuso grave al resolver la cuestión materia de la causa.

Octavo: Que al respecto, se debe recordar que la idea de inmunidad de jurisdicción dice relación con el reconocimiento formal que los Estados hacen de su propia soberanía, sintetizado en el tópico “*par in parem non habet imperium*”, en virtud del cual declaran el mutuo respeto al ejercicio de sus atribuciones, en cuanto emanación de su independencia y derecho a la autodeterminación, en virtud de lo cual históricamente se aceptó en el contexto del derecho internacional la deferencia recíproca entre los Estados de no someter al otro a su propia jurisdicción.

Noveno: Que sin embargo, tal noción, que en un principio entendía dicho derecho como una cuestión absoluta, en una comprensión contemporánea de las relaciones entre los Estados devino en un concepto donde la inmunidad de jurisdicción se reconoce como una prerrogativa acotada, según la naturaleza del acto desplegado por el Estado. De este modo, se distingue entre los denominados actos de *iure imperii*, y los actos de *iure gestionis*, donde los primeros se refieren a las actuaciones del Estado en cuanto tal, mientras que los segundos, los casos en que el Estado actúa como un particular. En aquello, el Estado goza de inmunidad de jurisdicción; en éstos, someten sus actos de gestión a la jurisdicción del Estado receptor.

Décimo: Que, en tal perspectiva, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas debe entenderse como un precepto que debe interpretarse de manera restrictiva, en cuanto favorece con inmunidad de jurisdicción sólo a los «agentes diplomáticos» a título personal, pero no al Estado al cual representan, al que sólo podrá extenderse la inmunidad absoluta en aplicación a los actos de soberanía, mas no a uno de gestión, como sucede en la especie. De este modo, no es posible extender la prerrogativa de la inmunidad de jurisdicción

que consagra la citada Convención a las obligaciones laborales emanadas del vínculo laboral que una Embajada mantuvo con una persona natural, por tratarse de un acto de gestión excluido del referido beneficio y que, por lo tanto, no lo exime de la obligación de comparecer ante la jurisdicción del país destinatario y ante los Tribunales del foro.

Undécimo: Que la interpretación contraria lesiona el derecho de igualdad y el del debido proceso, que obliga al Estado de Chile a garantizar el acceso efectivo a la justicia de todos sus habitantes, y especialmente de sus trabajadores, máxime si la denegación de jurisdicción, en la práctica, implica que el trabajador afectado habría de dirigirse a los Tribunales del Estado foráneo para conseguir su pretensión de cumplimiento de la sentencia judicial, con el consiguiente desgaste humano y financiero.

Duodécimo: Que tal error configura sin duda una falta grave, desde que impide el acceso al sistema judicial, teniendo en consideración el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos. Tal basamento, que la doctrina denomina como derecho a la tutela judicial efectiva, se constituye como fundamento esencial de todo Estado de Derecho, y se encuentra garantizado en el numeral

3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al consagrar la prerrogativa universal de igual protección de la ley, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por juez natural, y el derecho a un justo y racional procedimiento, garantías que, además, encuentran como contrapartida orgánica, los principios rectores de la actividad jurisdiccional consagrados en el artículo 76 del texto constitucional, en especial el de inexcusabilidad, que impone a los jueces el deber imperativo de otorgar un pronunciamiento de mérito sobre la controversia que legalmente se le plantee, sin poder excusarse de hacerlo.

Decimotercero: Que, de este modo, toda interpretación o yerro que limite de alguna manera el acceso a la posibilidad de obtención de un pronunciamiento judicial que adjudique un derecho, aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental, máxime en un contexto de excepcional sensibilidad e importancia, como el del derecho del trabajo, sobre todo si, como en este caso, se trata de cumplir un fallo declarativo de derechos respecto del cual la jurisdicción ya definió la competencia. De este modo resulta procedente corregir por esta especial vía el abuso descrito de entidad suficiente para acoger el presente recurso, situación que se ve agravada por las circunstancias de existir pronunciamiento previo por parte de la Corte de Apelaciones de

Santiago, reconociendo competencia a los tribunales nacionales para el conocimiento del presente asunto. Atendido, también, lo dispuesto en los artículos 5, 10 inciso segundo y 109 del Código Orgánico de Tribunales; 231 y 237 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de queja y se deja sin efecto la resolución de diez de mayo último, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto confirmó la decisión por la cual el tribunal de primer grado se declaró incompetente para seguir conociendo de la causa por cumplimiento de una sentencia judicial, y en su lugar se la revoca, rechazándose la excepción de incompetencia formulada, debiendo el tribunal respectivo continuar con el procedimiento de ejecución. No se dispone la remisión de estos antecedentes al tribunal pleno, por tratarse de un asunto en que la inobservancia constatada no puede ser estimada como una falta o abuso que amerite disponer tal medida.

Agréguese copia autorizada de esta resolución, a los autos en que incide.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Kunsemuller L., Ricardo Blanco H., Carlos Cerda F. y Abogado Integrante Antonio Barra R. Rol N° 8750 2018.

COMENTARIO

I. CONTEXTO FÁCTICO Y PROCESAL

Preliminarmente repasaremos el contexto fáctico y procesal de la causa, que dan lugar a la interposición por el demandante del recurso de queja contra los Ministros de la Décima Sala Corte de Apelaciones de Santiago.

a. Los hechos

En el fallo en comento el demandante, Luis Roberto Molina Zapata, demanda a su empleador, la Embajada de México en Chile, argumentado la ocurrencia de un despido injustificado, el cual se concretó mediante carta de despido entregada el 10 de julio de 2015. La carta de despido establecía como causal el artículo 160 N°7¹ del Código del Trabajo de Chile. Sin embargo, de acuerdo al actor, no se establecía una razón que justificase dicha causal. De este modo, a través de esta acción judicial el actor busca la declaración de la nulidad de su carta de despido y la cancelación de las prestaciones señaladas en el cuerpo de la demanda. Se hace preciso clarificar que el actor era un funcionario administrativo, ejerciendo funciones como secretario de la sección consular. Asimismo, la relación laboral entre Luis Roberto Molina Zapata y la Embajada de México en Chile se encontraba regulada por contrato de trabajo escriturado y regido expresamente por la legislación chilena.

b. El proceso

Procesalmente, la causa fue caratulada originalmente como “Molina con Embajada de México”² y se radicó en primera instancia en el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. El procedimiento transcurrió en rebeldía del demandado, quién no contestó oportunamente la demanda. El 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago declaró de oficio la nulidad de todo lo obrado, reemplazando la resolución que proveyó la demanda, resolviendo no acogerla a tramitación por incompetencia absoluta, argumentando la concurrencia de una inmunidad de jurisdicción en favor de la Embajada de México en Chile.

La discusión acerca de la procedencia de la inmunidad de jurisdicción, en el marco de este proceso laboral, se desarrolló en diferentes etapas del procedimiento en cuestión. Entre ellas, en un recurso de apelación³ interpuesto por el actor en impugnación de la sentencia interlocutoria que anulaba todo lo obrado y, posteriormente a través de un recurso de nulidad⁴ interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, en calidad de tercero coadyuvante del demandado. En ambos casos, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago era competente para conocer de la causa.

Una vez existiendo sentencia firme a favor del demandante la causa ingresa al Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago⁵, para iniciar su fase ejecutiva. En esta sede el Consejo de Defensa del Estado actuando nuevamente como tercero coadyuvante del demandado interpone un incidente de incompetencia aludiendo inmunidad de jurisdicción del demandado en base al artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

¹ Art. 160 de Código del Trabajo de Chile. “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: 7) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

² 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, “Molina con Embajada de México”, RIT No O-4565-2015.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, “Molina con Embajada de México”, No. 388/2016 (reforma laboral), 5 de Julio de 2016, resolución número 620532.

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, “Molina con Embajada de México”, No. 1.931-2016 (reforma laboral), 27 de enero de 2017.

⁵ Juzgado de Cobranza laboral y Previsional de Santiago, “Molina con Embajada de México”, RIT No. C-2970-2017.

de 18 de abril de 1961. El Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, a pesar de las decisiones previas de la Corte de Apelaciones de Santiago, se declara incompetente para conocer la causa. El actor interpone nuevamente un recurso de apelación. Esta vez la Corte de Apelación de Santiago confirma la decisión del tribunal *a quo*.

Finalmente, y siendo este el caso que nos convoca, el actor decide interponer un recurso de queja en contra de los ministros de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, señora María Rosa Kittsteiner Gentile y señor Tomás Gray Gariazzo, por haber dictado con falta o abuso grave la sentencia por medio de la cual confirmaron la decisión de primera instancia que acogió el incidente de incompetencia. El recurso de queja fue acogido por la Excelentísima Corte Suprema, revocando la decisión del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago en la que se declaraba incompetente, rechazando el incidente de incompetencia, por lo que el tribunal de primera instancia debe continuar conociendo de la causa.

La discusión de los argumentos y de la procedencia de la inmunidad de jurisdicción de los Estado en sede laboral es lo que pasamos a revisar.

II. SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

El debate del recurso de queja gira en torno la aplicabilidad de la institución de la inmunidad de jurisdicción de los Estado en materias de orden laboral.

a. *Acerca de la institución de la inmunidad en general*

Recordemos que “la inmunidad soberana de los Estados encuentra su fuente en derecho internacional público [...] siendo una práctica recogida por costumbre internacional, que encuentra su origen en una necesidad elemental, esto es, que las relaciones entre los pueblos no habrían sido posibles si los enviados de los Estados, en dicha calidad, no hubiesen sido beneficiarios de una protección en particular [...]. En la época moderna, la teoría ha justificado la inmunidad de los Estados a través de la cortesía internacional y luego por la noción de soberanía e igualdad entre ellos: el hecho que, a través de las autoridades de un Estado se juzguen los actos de soberanos de un Estado extranjero, de un Estado extranjero o los hechos realizados en su nombre, sería afirmar la superioridad del primer Estado sobre el segundo (*par in parem non habet imperium*).”⁶

Como correctamente señala el fallo de la Corte Suprema en su párrafo noveno, tradicionalmente en la costumbre internacional la inmunidad de los Estados se entendió de forma absoluta, esto es, bajo apreciación del criterio orgánico, es decir, en consideración de quién realiza los actos. Así, en el origen todo acto emanado de un Estado, de sus soberanos o realizado en nombre de los Estados estaba cubierto por la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, actualmente debido a la creciente actividad privada y comercial realizada por los Estados en territorio de otros Estados, ha existido la tendencia a restringir su aplicación debiendo discernirse su aplicabilidad de acuerdo a la naturaleza de los actos. En consecuencia, se distingue entre actos de imperio (*jure imperii*) o actos de gestión o de administración (*jure gestionis*).

La calificación de los actos de imperio o gestión se realiza normalmente vía jurisprudencial y a partir de ello la costumbre internacional ha ido decantando la categorización. De este modo, los actos de imperio se han caracterizado como actos de poder que se han realizado en función del interés público como actividades de policía, guerra, de diplomacia, de control de cambio, entre otros. Los actos de gestión, por su parte, son actos de naturaleza privada o comercial como compra de bienes no militares, adquisición de inmuebles, celebración de contratos de arriendo, etc.⁷ Así, a los primeros se les reconoce que estarían amparados bajo la inmunidad

⁶ Audit, Bernard y D'Avout Louis, “Droit International Privé”, Economica, 7ma edición, París, 2013, pp. 410-411.

⁷ Op. Cit., p. 418.

de jurisdicción y a los segundos no, entendiendo que el Estado actuó como un privado y, por lo tanto, debe someterse al ordenamiento común del Estado acreditante.

b. Inmunidad de Jurisdicción de Estado en el ámbito laboral

¿Cómo debería ser calificada la contratación de personal administrativo por parte de una Embajada en el territorio en que se encuentra acreditado, como un acto de gestión o un acto de imperio?

La Corte Suprema a través del fallo que comentamos entiende que constituiría un acto de gestión señalando en su párrafo décimo que “no es posible extender la prerrogativa de la inmunidad de jurisdicción que consagra la citada Convención [de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961] a las obligaciones laborales emanadas del vínculo laboral que una Embajada mantuvo con una persona natural, por tratarse de un acto de gestión excluido del referido beneficio y que, por lo tanto, no lo exime de la obligación de comparecer ante la jurisdicción del país destinatario y ante los Tribunales del foro.”

La determinación de la Corte Suprema se encuentra en la misma dirección a la que ha tendido la doctrina, la costumbre internacional, la legislación y la jurisprudencia comparada, llegando a un cierto consenso. Así, se entiende que en materia laboral los Estados no podrían hacer valer la inmunidad de jurisdicción sino de forma restrictiva. Distinguiendo si los actos del funcionario son administrativos o a su cargo le confiere una responsabilidad particular en el ejercicio del servicio público extranjero.

La costumbre internacional en la materia ha sido recopilada en la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes del año 2004⁸, la que sistematiza y codifica el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción. En su artículo 11 regula específicamente la inmunidad de jurisdicción de los Estados en el contexto laboral, estableciendo como regla general la improcedencia de la inmunidad jurisdiccional del Estado en caso de contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. Consecuentemente, la improcedencia de la inmunidad de jurisdicción es la regla, reconociendo excepciones a ésta. Dentro de las excepciones en que el Estado sí podría invocar la inmunidad de jurisdicción en materias laborales encontramos: el caso en que el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público, que sea funcionario diplomático, consular, miembro de misiones diplomáticas, personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales, entre otras excepciones.

Desafortunadamente esta Convención, que como su preámbulo lo señala que viene a dar preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídica, contribuyendo a codificar y dar certeza y armonizar la práctica, no ha entrado en vigencia debido que no ha sido ratificada aún por el número de Estados mínimos requeridos.

A pesar de que Chile tampoco la ha ratificado, esto no obsta a su aplicación vía costumbre internacional,⁹ y a juzgar por el concluyente fallo de la Corte Suprema así lo ha entendido.

⁸ Naciones Unidas, “Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes” (No ratificada por Chile), New York, diciembre 2004. Disponible en: treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf

⁹ Para revisar el estado de suscripción y ratificación de Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes ver: [/treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en)

III. REVISIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EN EL ÁMBITO LABORAL

a. *Normativa Aplicable*

Este privilegio de derecho internacional público, procesalmente se hace valer a través de una excepción de incompetencia. El demandado, la embajada de México en Chile, a al incoar esta excepción busca “prevalerse de una garantía excepcional o eximirse, en ciertos aspectos, de la observancia del orden jurídico común.”¹⁰

Como se aprecia en la argumentación del fallo el Consejo de Defensa del Estado aludió al artículo 31 y 32 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 para fundar su incidente de incompetencia.

Como ya lo hemos revisado, Luis Roberto Molina Zapata era un empleado administrativo de la Embajada de México en Chile. La Embajada de México al contratar a este funcionario lo hace en representación de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, en el caso que procediese una excepción de jurisdicción no sería pertinente invocarla sino en virtud de una inmunidad de jurisdicción del Estado, mas no en virtud de la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios diplomáticos. Lo anterior es porque el patrimonio de los Estados Unidos Mexicanos es el que se encuentra comprometido en el litigio, recayendo en él al pago de indemnizaciones y prestaciones laborales en favor del actor, y no en el patrimonio del embajador u de otro funcionario diplomático. El fallo de la Corte Suprema así también lo entiende, descartando que se trate de una inmunidad de agentes diplomáticos a título personal.

Para determinar si el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago es competente se hace necesario entender cuáles son las normas de derecho internacional e interno que van a regular la inmunidad de jurisdicción estatal y un posible conflicto de jurisdicción.

El artículo 31 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas señala “el *agente diplomático* gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa.” La Corte Suprema en el fallo del recurso de queja realiza una interpretación restrictiva de la Convención y correctamente, a mi juicio, descarta la aplicación de la norma debido que a que reconoce que en el caso en comento el demandado no es un agente diplomático, por lo tanto, no es el titular de la inmunidad regulada por la convención.

A mayor abundamiento, la norma no solo no es aplicable porque en este caso no interviene el titular del privilegio sino porque tampoco la convención regula las relaciones laborales. “El artículo 31 [de la Convención de Viena] distingue entre “jurisdicción civil” y “administrativa”, a la hora de conferir la referida inmunidad, de tal modo que la expresión “jurisdicción civil” no puede ser interpretada en su sentido amplio, esto es, en general como referida a todos los asuntos no penales, sino en un sentido estricto, del mismo modo que en nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 45 del Código Orgánico de Tribunales, que distingue entre causas civiles y de comercio por un lado, y causas del trabajo, por el otro, a propósito de la competencia de los jueces de Letras en primera instancia.”¹¹

Asimismo, y aunque el fallo no lo señala expresamente, descarta la aplicación del Código de Derecho Internacional Privado pues solo aborda las inmunidades (o excepciones de competencia) en materias de derecho civil, comercial y penal omitiendo las materias de carácter laboral.

¹⁰ Brunaud Ramos, Miguel, “La Jurisprudencia Sobre Aplicación De La Inmunidad De Jurisdicción En Materia Laboral”, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, No 3, 2011, p. 245.

¹¹ Op. Cit., pp. 246

Descartada la aplicabilidad de convenciones internacionales que regulen la inmunidad de jurisdicción de los Estados, es preciso cuestionarse si en nuestro ordenamiento interno hay normas reguladoras. Chile, a diferencia de otras legislaciones comparadas como son Estados Unidos de América, México y Costa Rica, no posee normas internas que regulen las inmunidades. Por lo que supletoriamente y ante la ausencia de otras fuentes normativas en la materia, el caso en cuestión deberá ser regulada de acuerdo a la costumbre internacional. En consecuencia, se debería adoptar la visión restrictiva de la inmunidad de jurisdicción y en este caso desestimar su procedencia, como armónicamente la Corte Suprema lo ha señalado.

Uno de los méritos de esta decisión, es que la interpretación de la Corte Suprema se alinea con la visión de larga data del poder ejecutivo en la materia, la cual se había expresado través de circulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, No. 371 (octubre de 1997), No. 172 (mayo de 1999), No. 16 (abril de 2000) dirigidas a las representaciones diplomáticas acreditadas en Chile. De estas circulares dirigidas a las Organizaciones Internacionales, Embajadas, Consulados y Misiones Diplomáticas registradas en Chile, el Ministerio de Relaciones Exteriores señala la necesidad de regular sus relaciones laborales de acuerdo a las normas del derecho del trabajo y seguridad social establecida en la legislación chilena y que la violación de estas normas no dará lugar a la inmunidad de jurisdicción.

¿Qué conlleva la inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción? Implica considerar al Estado como un privado, por lo que debe comparecer y someterse a las reglas de jurisdicción y al orden jurídico común. En este caso subyace una relación laboral entre privados con un elemento extranjero relevante (que uno de los contratantes es el Estado extranjero), lo que es por definición es una situación objeto de regulación de Derecho Internacional Privado, por lo que es necesario observar las reglas de competencia del foro y dilucidar la posible concurrencia de un conflicto de jurisdicción.

Chile no cuenta con una reglamentación sistemática de la competencia internacional en el ámbito laboral, por lo que es preciso acudir a reglas territoriales internas como es el caso de la regla *Actor Sequitur Forum*. Hay que considerar además que la situación jurídica en comento se encuentra conectada con Chile más que con otro Estado, pues el contrato de trabajo se celebró en Chile bajo la legislación chilena, el ejercicio de las actividades reguladas por el contrato de trabajo se desarrolló en territorio chileno y el trabajador tiene su residencia en Chile.

“La competencia que el artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales entrega a un Ministro de Corte de Apelaciones para conocer en primera instancia de las causas civiles en que sean parte [...] los Embajadores [...] acreditados con el Gobierno de la República, al no incluir referencia alguna a las causas del trabajo, que, como vimos, el artículo 45 escinde de las causas civiles, permite concluir que en las causas laborales son aplicables las reglas de competencia ordinaria vigentes en Chile.”¹² Así, la competencia del Juzgado de Cobranza Laboral de Santiago queda establecida de acuerdo al artículo 5, 10 y 109, Código Orgánico de Tribunales en concordancia con el artículo Art. 423 de Código de Trabajo el cual señala “será Juez competente para conocer de estas causas el del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales. La competencia territorial no podrá ser prorrogada expresamente por las partes [...]”

b. *Jurisprudencia*

La aplicación de la inmunidad de jurisdicción en materia laboral, tanto en lo referente a los Juzgados de Letras del Trabajo como los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, no ha sido pacífica en las Cortes Supiores de Chile.

¹² Op. Cit., p. 247

El cuadro jurisprudencial antes de la sentencia que resuelve el presente recurso de queja que comentamos era más bien binario. Tanto la Corte de Apelaciones como los Juzgados de Letras del Trabajo en sede declarativa tenían una tendencia más o menos sostenida a abrazar la interpretación restrictiva sobre la procedencia de la inmunidad de jurisdicción del Estados en sede laboral, con el objeto de proteger la tutela efectiva de los derechos trabajadores, de su igualdad ante la ley y el acceso a la justicia consagrada no solo por la Constitución de la República de Chile sino también por el derecho internacional de los derechos humanos.

En la verada opuesta, nos encontramos con la visión tradicional de la Corte Suprema que tendía a ser favorable a la interpretación absoluta de la inmunidad de jurisdicción del Estado, sin distinciones ni restricciones en materia laboral. La Corte Suprema argumentaba que la inmunidad de jurisdicción es un atributo intrínseco que emana de la soberanía de los Estados y realizaba una interpretación extensiva de las normas de la Convención de Viena sobre Inmunidades Diplomáticas de 1961. Los artículos 1, 3, 22, 24, 31 y 34 de la Convención, así como los artículos 333 y 334 del Código de Derecho Internacional Privado serían así llamados extensivamente a ser normativas aplicables a la inmunidad de jurisdicción de los Estados e interpretando, asimismo, que dentro de la inmunidad de los agentes diplomáticos en materia civiles se encontraría incorporada la inmunidad de los Estados en materia laboral, en oposición a las materias penales. Un fallo emblemático de la Corte Suprema en que se adopta esta posición fue el caso fue la resolución de un recurso de Unificación de Jurisprudencia en materia laboral el año 2013 caratulada “Vera con Embajada de la República Federal Alemana,”¹³ en que la Corte Suprema es llamada precisamente a unificar el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción tras una serie de decisiones contradictorias en sede laboral, inclinándose finalmente por la interpretación absoluta de la inmunidad de jurisdicción del Estado.

A pesar de que dicho fallo marcó la postura de la Corte Suprema en la materia hasta ese momento, se destaca el voto disidente del Ministro Ricardo Blanco, voto que finalmente serviría de antecedente y antesala a de la postura adoptada por la Corte Suprema al fallar este recurso de queja.

La Corte hace hoy un giro en su postura tradicional, haciendo una interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción en materia laboral, alineándose con la costumbre internacional y la experiencia comparada, resguardado de este modo la tutela efectiva de los trabajadores que en caso contrario se vería enfrentados a un severo desequilibrio en la protección de sus derechos y por qué no decirlo enfrentados a la denegación de acceso justicia.

En otro nivel de análisis se puede observar que existe una dicotomía entre la aceptación de inmunidad restrictiva en sede declarativa y, por el contrario, una tendencia a acoger interpretación absoluta en sede ejecutiva.

Como es bien sabido en materia laboral, existe primerio una fase declarativa ante los Juzgados de Letras del Trabajo y, en caso de que la sentencia no sea cumplida voluntariamente, la causa será ingresada a los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional para su ejecución. Así, la discusión acerca de la inmunidad puede llegar duplicarse. Esto se debe a que, en caso de no ser acogida la inmunidad de jurisdicción en sede declarativa, el demandado volverá a intentarla en sede ejecutiva. Un claro ejemplo de ello, es precisamente el caso que nos convoca, en el que existieron dos sentencias de la Corte de Apelaciones acogiendo la interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción de los Estados (en sede declarativa), un fallo acogiendo la interpretación absoluta de la inmunidad de jurisdicción de los Estados (en sede ejecutiva) y finalmente el recurso de queja ante la Corte Suprema desestimando la procedencia de la inmunidad, es decir, adoptando una interpretación restrictiva.

¹³ Primer Juzgado de Letras del Trabajo, No. T-99-2012, junio 11 de 2012; Corte Suprema, “Vera con Embajada de la República Federal Alemana”, Recurso de Unificación de Jurisprudencia, No. N°1224-2013.

Esta contradicción tiene lugar debido a que en sede ejecutiva la discusión de la inmunidad de jurisdicción ha tendido a confundirse con la inmunidad de ejecución o más precisamente “la inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas anteriores y posteriores al fallo”¹⁴, la cual consiste en determinar si en la ejecución forzada del fallo se puede afectar o embargar bienes del Estado extranjero para dar cumplimiento a la sentencia, y si se estima que procede llevarla a efecto, será necesaria la determinación de cuáles de esos bienes son embargables y cuáles no.

Sin embargo, y para ser precisos, en el caso que comentamos se discute acerca de la competencia del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago para conocer del asunto en cuestión y la obligación del Estado extranjero de someterse al ordenamiento jurídico común, no llegando aún al debate procesal acerca de procedencia de la afectación y embargo de bienes del Estado extranjero.

La divergencia de criterio de la Corte de Apelaciones acerca de la materia vulnera la certeza jurídica y la cosa juzgada. La Corte Suprema en el fallo del recurso de queja señala “de este modo resulta procedente corregir por esta especial vía el abuso descrito de entidad suficiente para acoger el presente recurso, situación que se ve agravada por las circunstancias de existir pronunciamiento previo por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, reconociendo competencia a los tribunales nacionales para el conocimiento del presente asunto.”

La Corte Suprema, a través del fallo no solo revierte su posición acerca la inmunidad de jurisdicción, acogiendo la inmunidad restrictiva, sino que además nos señala que zanjada la discusión acerca de la inmunidad de jurisdicción sede declarativa, declarado competente el tribunal para conocer la causa, constituye un abuso desconocerla durante la fase ejecutiva, debiendo por lo tanto continuarse con el conocimiento del procedimiento ejecutivo, abriendo con ello la puerta a una tutela efectiva a los derechos de los trabajadores que han celebrado contrato de trabajo con Estados extranjeros en territorio chileno.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU ROL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Este fallo nos permite reflexionar acerca del rol de los “derechos fundamentales como ‘bisagras’, lo que evoca la idea de comunicación entre los derechos, es decir, entre los diversos conjuntos de reglas e instituciones jurídicas, una perspectiva de intercambios y de influencias recíprocas.”¹⁵ El derecho no se puede concebir como estancos o parcelas separadas sin comunicación, así los derechos fundamentales permiten coordinar y hacer vivir conjuntamente instituciones jurídicas que tienen objetivos distintos, para evitar que esto genere una situación de desequilibrio o contraría al orden público local, como sería que se privara al trabajador de un acceso igualitario a la justicia.

La Excelentísima Corte Suprema en el fallo del recurso de queja abandona la interpretación que tradicionalmente había sustentado, para adoptar una visión restrictiva de la inmunidad de jurisdicción del Estado en el ámbito laboral basando su argumento en la necesidad de abstenerse de lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos por la Constitución Política de la República y por Convenciones de Derechos Humanos que Chile ha suscrito y por las que tiene responsabilidad ante la comunidad internacional. Es decir, la norma que regula la inmunidad cede ante la posibilidad de violar, lesionar o restringir el goce de los derechos fundamentales.

¹⁴ Terminología adoptada por la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre la Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes.

¹⁵ D'Avout Louis, “Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé”, Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, sous la direction de Édouard Dubout et Sébastien Touzé, Pédone, p. 165

El fallo se refiere a los derechos de igualdad ante la ley, derecho de acceso libre a la justicia, derecho a un juez natural, derecho a un justo y racional procedimiento, señalado expresamente el artículo 19 en su numeral 3 y 26 y el artículo 76 de la Constitución Política de la República, lo que necesariamente hay que coordinarlo con el artículo 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes ha cristalizado la reflexión de la Corte Suprema en una norma de carácter material que regula la inmunidad de jurisdicción.

La Convención vincula una interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción del Estado en materia laboral a un pronunciamiento y ejercicio de la justicia razonable, respetuoso y amónico con una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores. Esto favorece la seguridad jurídica en las actividades de los Estados y las personas naturales, previniendo de someterlo al absurdo de tener que reclamar sus prestaciones laborales en un foro de un Estado extranjero, lo que virtualmente le negaría el acceso a la justicia. Sin embargo, como la Convención no ha entrado en vigor y Chile no la ha ratificado, la Corte Suprema debe deshacer la reflexión condensada en norma material y exteriorizarla, lo que deja al descubierto la profunda vinculación entre los derechos fundamentales, el ejercicio del derecho internacional privado y su evolución.

Así, ante una situación de incerteza acerca de la normativa aplicable, los derechos fundamentales nos permiten iluminar la decisión permitiendo diagnosticar el conflicto y poder completar las lagunas existentes.

Conclusión: La Excelentísima Corte Suprema hace hoy un giro en su postura tradicional de interpretar en forma absoluta la inmunidad jurisdiccional de los Estados. A través del fallo que acoge el recurso de queja recepciona una interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción en materia laboral. De este modo, se alinea con la costumbre internacional y la experiencia comparada, resguardado de este modo la tutela efectiva de los trabajadores que, en caso contrario, se verían enfrentados a un severo desequilibrio en la protección de sus derechos y por qué no decirlo enfrentados a una franca denegación de acceso justicia. A través del fallo no solo se revierte su posición acerca la inmunidad de jurisdicción, sino que además nos señala que zanjada la discusión acerca de la inmunidad de jurisdicción en sede declarativa, declarado competente el tribunal para conocer la causa, constituye un abuso desconocerla durante la fase ejecutiva, debiendo por lo tanto, continuarse con el conocimiento del procedimiento ejecutivo, abriendo con ello la puerta a una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores que han celebrado contrato de trabajo con Estados extranjeros en territorio chileno.

La Corte Suprema determina cambio de nombre y sexo registral de persona transgénero

GILDA CICCI*

Tribunal: Excma. Corte Suprema de Justicia
Rol: 70.584-2016
Partes: Reservado.
Tipo Recurso: Recurso de casación en el fondo.
Tipo Resultado: Acogido
Fecha Sentencia: 29/05/2018

La Corte Suprema se pronunció por primera vez respecto del cambio de nombre y sexo registral de una persona transexual sin requerir intervención quirúrgica.

Con fecha 29 de mayo del presente, la Cuarta Sala de la Corte en autos Rol N°70584-16, acogió un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmaba la sentencia del cuarto juzgado civil de Santiago que denegaba la solicitud para obtener el cambio de nombre y sexo registral de una persona transexual sin intervención quirúrgica.

La legislación chilena no contempla el cambio de nombre y sexo registral de una persona, ni prohíbe dicho cambio, la ley N° 17.344 de 1970 que regula el cambio de nombre se ha aplicado por los tribunales, algunos han exigido una cirugía de reasignación sexual y otros se han guiado por la apariencia y comportamiento de pertenencia al sexo opuesto.

Antecedentes

El cuarto juzgado de civil de Santiago en autos Rol-V-77-2015, con fecha 22 de febrero de 2016 rechazó la solicitud de cambio de nombre y sexo de doña Adriana Barrera Cea basado en el artículo 1° letra a y b) de la ley N° 17.344 para que se consigne su sexo como femenino. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia del cuarto juzgado civil de Santiago

Argumentos de la Corte Suprema

En particular la Corte Suprema considero que a pesar de que “nuestra legislación no regula el cambio de sexo registral para transexuales, los principios internacionales en materia de derechos humanos facultan a los jueces a realizar el cambio, y que “Que aún cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que éste a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso segundo del Registro Civil estaría siendo violentada. En tal sentido, los jueces de instancia cometen un error al señalar que no existiendo norma que regule y autorice la materia, el cambio de nombre y sexo legal de las personas transexuales ha quedado entregado al criterio personal de cada juez en lo civil que conoce del caso, toda vez que la interpretación de las leyes nacionales, como ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, debe ser efectuada a la luz de los principios constitucionales y legales, comenzando por el derecho a la

* *Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Miguel de Cervantes y Universidad Bolivariana.*

identidad y la dignidad de las personas que se encuentran en estrecha vinculación, razón por la cual la primera le pertenece a todas las personas sin discriminación”

“El Estado de Chile se ha obligado, a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos, con la obligación de no-discriminación y la garantía de los derechos humanos para todas las personas “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Art. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Estas obligaciones vinculan a todos los órganos del Estado, incluyendo a esta Corte Suprema, tal como se establece en el Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

“En cuanto a las personas transgénero, deben ser siempre tratadas con pleno respeto y garantías a sus derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales. Aunque la categoría prohibida de “identidad de género” no esté explícitamente mencionada en los tratados internacionales ratificados por Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha entendido subsumida en “cualquier otra condición social”, como lo señalo en el caso “Atala Riffo y otras contra Chile”. ..(...) la Corte Interamericana concluye que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.” (Caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 91)”.

“En cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile(...) Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal”.

“Supeditar la sentencia de reasignación sexual, a la previa realización de una intervención quirúrgica, implicaría una seria incongruencia. En efecto, sería quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo en términos jurídicos, con solo una de sus exteriorizaciones, en este caso, la presencia de órganos genitales externos masculinos, obviando los mandatos constitucionales y valoraciones legales más importante en desmedro de la identidad personal del involucrado. Lo anterior es plenamente concordante con jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho a la vida privada y familiar (Caso A.P. Garçon and Nicot v. France, N°79885/12, 52471/13 y 52596/13).

Chile está obligado, por tratados de derechos humanos, que consagran “la obligación de no-discriminación y la garantía de los derechos humanos para todas las personas sin discriminación alguna”. Las personas transgéneros “deben ser siempre tratadas con pleno respeto y garantías a sus derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales.”

Comentario.

En efecto, la Corte se baso, entre otros, en la normativa internacional de derechos humanos, en la jurisprudencia y opiniones consultivas de la CIDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así en primer lugar cita la Convención Americana de Derechos Humanos, luego se centra en las normas de Derechos Humanos sobre identidad de género.

Nos referiremos a algunos aspectos en especial.

Consideramos, que las normas internacionales reconocen la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entonces, si el reconocimiento de la identidad de género de una persona *trans depende de* una operación quirúrgica o de un tratamiento de esterilización que no desea, se estaría limitando el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 de la Convención, y el derecho a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia recogido en el artículo 7 de la Convención, lo que menoscabaría el goce pleno y efectivo del derecho a la integridad personal

Por otra parte, la CIDH ha expresado : “ que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales.(...) Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.”

En el mismo sentido cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha establecido que la falta de reconocimiento de la identidad de una persona transgénero puede configurar una injerencia en la vida privada.

Consideramos interesante destacar que respecto de la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la entendió subsumida en “cualquier otra condición social”, en el caso “Atala Riffo y otras contra Chile” y que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.”

Citando al respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, expresó: “que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es decir, que la orientación sexual y la identidad de género se pueden entender como incluidas dentro de la categoría “otra condición” Este criterio ha sido reiterado en casos posteriores.

En consecuencia, ninguna norma, o decisión de derecho interno, pueden limitar o disminuir, los derechos de las personas por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género.

A su vez la Corte Suprema se refirió a los principios de Yogyakarta que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y procedimientos necesarios para respetar los derechos de las personas a la identidad de género.

De la misma manera se refirió a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humano de 24 de Noviembre de 2017 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Al respecto consideramos que su aplicación e interpretación manifiestan un estándar interpretativo de protección de los derechos humanos y respecto de su alcance normativo.

En efecto, la idea que se sustenta en general en esta opinión: “la Corte reitera, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino,

coadyuvar a los Estados Miembros para que cumplan de manera efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos.”

Asimismo, señala que:” La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género”.

“Las personas *trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas”.

Por tanto, “la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”

Y expresa en la Opinión Consultiva... (...) que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

En virtud del artículo 24 la Convención Americana prohíbe la discriminación y la extiende “a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.”

En virtud de todo lo anterior y respecto de la jurisprudencia de la CIDH consideramos que los Estados tienen la obligación de proteger las discriminaciones contra determinado grupo de personas, y no deben mantener o favorecer las situaciones discriminatorias.

Las opiniones consultivas no son vinculantes como las sentencias, sin embargo, los Estados podrían aplicarlas si respecto del control difuso de convencionalidad la Corte ha utilizado estas opiniones.

Es de estimarse que la presente sentencia constituya un antecedente para cumplir eficazmente las obligaciones internacionales.

Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre los límites de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos en Chile

IGNACIO GARCÍA PUJOL* Y LAURA KOTTMANN RECABARREN**

Tribunal: Excma. Corte Suprema de Justicia

Rol: 8750-2018

Partes: “*Luis Molina Zapata con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago*”

Tipo Recurso: Recurso de queja.

Fecha Sentencia: 22/08/2018

La inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos, consulares e internacionales, ha pasado de ser un privilegio absoluto del que han gozado las Embajadas, Consulados y los organismos internacionales, a tener cada vez más restricciones a nivel nacional como internacional. Tanto en el orden jurisprudencial como doctrinario, se ha ido imponiendo el concepto de que lo que se protege son los actos de Estado más que al agente diplomático mismo. Prueba de ello es un reciente fallo de la Corte Suprema¹ en el que se declaró que la Embajada de México no gozaba de inmunidad de jurisdicción y de ejecución en materia laboral; y que por lo tanto, los tribunales de justicia chilenos son absolutamente competentes para conocer, juzgar y ejecutar un procedimiento laboral por despido injustificado.

1.- Evolución del concepto de inmunidad de jurisdicción en Chile en materia laboral y previsional.

El 2 de diciembre de 2004 se acordó en Nueva York la *Convención de las Naciones Unidas Sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes*, que en su artículo 5 establece la inmunidad de jurisdicción de los Estados y en su artículo 11 establece la excepción que impide a los Estados hacer valer su inmunidad de jurisdicción ante otro Estado si el proceso es sobre un contrato de trabajo que se presta en el territorio extranjero, a menos que los Estados acuerden algo distinto.

Entre 1997 y 2000, el Ministerio de Relaciones Exteriores dictó las Circulares N°371², N°172³ y N°108⁴ en las que se recomendaba a las embajadas de Estados Extranjeros y a los Organismos Internacionales que mantenían delegaciones en territorio chileno, a dar cumplimiento a las normas laborales y previsionales de Chile, sin invocar el privilegio de la inmunidad de jurisdicción. A pesar de ello, el 2007 la Corte Suprema⁵ acogió la excepción de incompetencia por inmunidad de jurisdicción que alegó el Consulado General del Perú en un procedimiento laboral, argumentando que la inmunidad de jurisdicción era absoluta. Esto, en razón de la importancia de las relaciones entre los Estados y de la reciprocidad de las relaciones, protegiendo así los derechos fundamentales de las naciones. A pesar de lo radical

* *Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.*

** *Abogada de Porzio, Ríos y García.*

¹ Corte Suprema. Sentencia del 19 de junio de 2018 (Recurso de queja), ROL N°8750-2018, caratulado “Molina con Embajada de México”.

² Circular N°371 del 16 de octubre de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³ Circular N°172 del 17 de mayo de 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴ Circular N°108 del 10 de abril de 2000 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁵ Corte Suprema. Sentencia del 14 de noviembre de 2007 (Recurso de Casación en el Fondo), ROL N°4235-2006, Caratulado “Portugal con Consulado General del Perú”.

de esta resolución, llama la atención que en este mismo fallo existió un voto disidente que hizo la diferenciación entre actos de imperio y actos de gestión, restringiendo la aplicación de la inmunidad de jurisdicción solo a los primeros..

El 2010 la Corte Suprema confirmó la falta de jurisdicción de los tribunales chilenos para conocer de un proceso laboral en el que el demandado era la Embajada de Indonesia por inmunidad diplomática, reiterando que la inmunidad diplomática es absoluta, fundándose en que la inmunidad diplomática es una cortesía internacional entre las naciones para desarrollar y mantener una relación amistosa.

El 19 de junio de 2018 la Corte Suprema modificó radicalmente su criterio, abandonando la idea de que la inmunidad diplomática es absoluta y aceptando la distinción de los actos de imperio y los actos de gestión que puede realizar un agente diplomático en el territorio de un Estado extranjero.

2.- Análisis de caso Molina con Embajada de México.

Un trabajador de la Embajada de México presentó una demanda laboral por despido indebido y cobro de prestaciones en contra de su empleador⁶. Inicialmente, el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago acogió a trámite la demanda, realizándose las audiencias propias de este procedimiento. Durante todo el curso del juicio, la Embajada de México no se hizo parte en el proceso, estando válidamente notificada.

Al momento de dictar sentencia, el juez laboral resolvió de oficio dejar sin efecto todo lo obrado en el proceso, en base a que la Embajada de México es un organismo amparado por inmunidad de jurisdicción, conforme al artículo 31 N1 y artículo 33 N°3 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y a la jurisprudencia de los tribunales de justicia, por lo que dicho tribunal se declaró incompetente para conocer de la demanda.

El trabajador demandante presentó un recurso de apelación en contra de lo resuelto por el tribunal laboral, solicitando que se declare que dicho tribunal si es competente y que la inmunidad de jurisdicción no es aplicable a estas materias.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de apelación presentado por el trabajador, decidió revocar la resolución del tribunal laboral por la cual éste se declaró incompetente, ordenando a dicho tribunal dictar sentencia definitiva. El fundamento de la resolución⁷ de la Corte de Apelaciones de Santiago se basó en que se estimó necesario distinguir entre los tipos de actividades que realiza un Estado en territorio extranjero, como lo son los actos de las Embajadas entre: (i) las actividades que se realizan en el ejercicio del poder público – conocido por la doctrina como *iure imperium* – que ejercen en actos oficiales de Estado; y, (ii) las actividades que se realizan en el ejercicio de gestiones privadas – conocido por la doctrina como *iure gestionis* – que se refiere a actos propios de la administración de la Embajada y no en representación del Estado del que provienen. Luego de realizar esta distinción, declaró que la finalidad de la inmunidad de jurisdicción es proteger a las Embajadas en la esfera de sus actos de *iure imperium*, protegiendo la relación de paridad e igualdad soberana entre Estados, evitando conflictos entre los mismos. En este sentido, los actos ejecutados por la Embajada en la esfera de los actos de gestión quedan fuera de la protección de la inmunidad debido a que carecen del fundamento que justifica dicha inmunidad. Por lo tanto, tales actos, como sería el despido de un trabajador de la Embajada, pueden ser revisados, conocidos y resueltos por la jurisdicción del Estado local.

⁶ Procedimiento laboral de despido injustificado y cobro de prestaciones laborales, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N°O-4565-2015, caratulado “Molina con Embajada de México”.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de julio de 2016 (Recurso de apelación), ROL N°338-2016, caratulado “Molina con Embajada de México”.

Luego del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, el tribunal laboral declaró que el trabajador demandante fue sujeto de un despido injustificado y condenó a la Embajada al pago de indemnizaciones y prestaciones. Esta resolución fue impugnada, mediante un recurso de nulidad reclamando la existencia de inmunidad de jurisdicción por la Embajada de México, quien se hizo parte en el proceso tras la dictación de la sentencia. La Corte de Apelaciones de Santiago conoció de este recurso de nulidad y confirmó⁸ que el tribunal laboral era competente para conocer y resolver sobre el despido del trabajador de la Embajada, reiterando en gran medida los argumentos ya otorgados previamente por la misma corte al conocer del recurso de apelación presentado por el trabajador.

De esta forma, y reconociendo la Corte de Apelaciones los límites de la inmunidad diplomática consagrada en la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, la sentencia condenatoria del tribunal laboral quedó firme y ejecutoriada, y dió origen a un nuevo juicio de naturaleza ejecutiva mediante el cual se perseguía el cumplimiento del fallo del tribunal laboral. Este nuevo juicio fue conocido por el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago.

En este proceso de ejecución de la sentencia laboral se hizo parte el Estado de Chile en calidad de tercero coadyuvante, y presentó un requerimiento para que el tribunal de cobranza se declarara incompetente para ejecutar la sentencia del tribunal laboral, esta vez argumentando no la existencia de inmunidad de jurisdicción, sino que la Embajada de México gozaba de privilegio de inmunidad de ejecución por el artículo 31 N°1 de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, señalando en primer lugar que la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución son inmunidades distintas e independientes entre sí; y en segundo lugar, que si bien esta Convención impone al Estado Mexicano respetar las normas chilenas, en relacionadas a materias laborales y previsionales, ello no implica restringir la inmunidades de las que gozaría esta legación extranjera, en especial la inmunidad de ejecución.

El tribunal que estaba conociendo el procedimiento ejecutivo resolvió⁹ el requerimiento del Estado de Chile declarándose incompetente para conocer la ejecución en materia laboral al tener inmunidad de ejecución la Embajada de México, fundando su resolución en el tenor literal del artículo 31 N°1 de la Convención de Viena de las Relaciones Diplomáticas. Esta resolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Ante la resolución del tribunal del procedimiento ejecutivo y la posterior confirmación de la Corte de Apelaciones de Santiago, el trabajador interpuso un recurso de queja contra los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago por haber incurrido en falta o abuso grave en la dictación de la sentencia.

El 19 de junio de 2018 la Cuarta Sala de la Corte Suprema resolvió acoger el recurso de queja interpuesto por el trabajador y declaró que el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional sí era competente para ejecutar la sentencia, marcando un antes y un después en la interpretación del privilegio de inmunidad del que gozan los estados extranjeros en territorio chileno, ya que los tribunales laborales no solo pueden conocer y fallar procedimientos en que los agentes diplomáticos sean parte sino que también pueden ejecutar sus decisiones.

En este fallo, la Corte Suprema señala que es necesario distinguir entre los actos de imperio y los actos de gestión que realiza un Estado en un Estado extranjero. Agrega, que el artículo 31 de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, es decir la inmunidad de los estados, debe interpretarse de forma restrictiva para los actos de imperio que realice un Estado, y no para los actos de gestión. Por lo tanto, la Embajada de México no goza de inmunidad de

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 27 de enero de 2017 (Recurso de nulidad), ROL N°1931-2016, caratulado "Molina con Embajada de México".

⁹ Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago. Sentencia interlocutoria del 4 de septiembre de 2017, RIT C-2970-2017, caratulado "Molina con Embajada de México".

jurisdicción e inmunidad de ejecución para los actos de gestión que realice, por ejemplo una relación laboral. Concluye la sentencia *“Que la interpretación contraria lesiona el derecho de igualdad y del debido proceso, que obliga al Estado de Chile a garantizar el acceso efectivo a la justicia de todos sus habitantes, y especialmente a sus trabajadores, máxime si la denegación de jurisdicción, en la práctica, implica que el trabajador afectado habría de dirigirse a los Tribunales del Estado foráneo para conseguir su pretensión de cumplimiento de la sentencia judicial, con el consiguiente desgaste humano y financiero”*¹⁰.

El criterio utilizado por la Corte Suprema al resolver este fallo es la culminación de la evolución de la doctrina del derecho internacional que entiende que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta. El fallo de la Corte Suprema es una manifestación concreta de la finalidad de la inmunidad diplomática, la cual es respetar la soberanía de cada estado en cuanto a sus actos de estado y no en razón de las personas de sus agentes, es decir la inmunidad diplomática busca proteger los actos del agente diplomático como representante del imperio de un estado, y no al agente diplomático como individuo sujeto de derechos y obligaciones.

¹⁰ Corte Suprema. Considerando undécimo de sentencia del 19 de junio de 2018 (Recurso de queja), ROL N°8750-2018, caratulado “Molina con Embajada de México”. Considerando Undécimo sentencia queja.

SENTENCIAS DESTACADAS

1.- Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes

a) *STC, Rol 4189-2018, de 07 de agosto de 2018 (Requerimiento de inconstitucionalidad del Auto Acordado de la Corte Suprema N° 205-2015).*

Santiago, siete de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Con fecha 18 de diciembre de 2017, doña Silvia Loreto Lobos Contreras acciona de inconstitucionalidad respecto de los artículos 8° y 9° de los Autos Acordados de la Corte Suprema sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles de la Sustracción de Internacional de Menores, de 3 de noviembre de 1998 y 17 de mayo de 2002, respectivamente, y del artículo 12, inciso primero, del Acta N° 205-2015, de 3 de diciembre de 2015, de la Corte Suprema, en los autos sobre recurso de apelación de que conoce la Iltra. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 3724-2017.

Autos Acordados impugnados.

El texto de las disposiciones impugnadas dispone:

“Auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores.

(...)

8°. Las resoluciones que se dicten durante la sustanciación del procedimiento no serán susceptibles de recurso alguno, salvo la sentencia definitiva que se deberá dictar en un plazo máximo de cinco días a contar del comparendo o del cumplimiento de las medidas para mejor resolver. Contra dicha sentencia, sólo procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro de quinto día, contado desde la notificación, debiendo resolverse en cuenta por el Tribunal de alzada. No procederán en modo alguno los recursos de casación en la forma ni en el fondo.”.

“Modificación al auto acordado sobre secuestro internacional de menores.

(...)Artículo 9° La sentencia definitiva sólo será impugnabile a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación respectiva. Este recurso deberá conocerse en cuenta por el tribunal de alzada, dentro del plazo de cinco días contados desde que ingresen los autos en la Secretaría y sin esperar la comparecencia de las partes.

Las demás resoluciones que se dicten durante la sustanciación del procedimiento, no serán susceptibles de recurso alguno.”.

“Auto acordado N° 205-2015. Modifica y refunde texto del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

(...)

Artículo 12. Recursos. La sentencia definitiva sólo será impugnada a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva. El recurso será distribuido por el Presidente de la Corte dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes, y se conocerá en cuenta, salvo que éstas soliciten alegatos, caso en el cual se agregará preferentemente a la tabla.

Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno.

Las demás resoluciones que se dicten durante la substanciación del procedimiento sólo serán susceptibles de recurso de reposición.”.

Síntesis de la gestión pendiente y conflicto constitucional sometido al conocimiento y decisión de esta Magistratura.

Silvia Lobos Contreras acciona de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos contenidos los autos acordados de 1998, 2002 y el texto refundido de 2015, sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, de la Corte Suprema.

La actora hace presente que la gestión pendiente versa respecto de la causa en que se dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2017, por la judicatura de familia de Santiago, debidamente notificada a las partes en el juicio, en que se rechazó una demanda sobre restitución de menor de edad, iniciada por el padre de su hija. Comenta que posteriormente, el día 22 de noviembre del mismo año, fue notificada de una nueva resolución del tribunal, en que, ahora, se acogía la demanda, modificándose no sólo la parte resolutive, sino que también la considerativa del fallo, a efectos de ajustar la decisión del juez de alterar lo resuelto y así, acoger la demanda.

Contra dicha sentencia su parte interpuso recursos de casación en la forma, por haber sido pronunciada esa sentencia por tribunal incompetente y por juez legalmente implicado que ya había emitido opinión sobre el asunto controvertido, así como haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. Unido a ello, recurrió de apelación también, respecto de la segunda sentencia.

Expone que la juez a quo concedió ambos recursos y, en lo que concierne a la apelación, en ambos efectos. Pero, dos días más tarde, el 29 de noviembre de 2017, modificó su resolución, ordenando elevar el recurso de casación en la forma y concediendo la apelación sólo en el efecto devolutivo.

Luego, con fecha 7 de diciembre de 2017, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó traer los autos en relación y respecto del recurso de casación resolvió su inadmisibilidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 12, inciso primero, del Acta N° 205-2015, impugnada en estos autos. A dicha decisión interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado con fecha 13 de diciembre del mismo año, presentado, a su respecto, una reconsideración.

Refiere que la preceptiva impugnada, si bien no excluye directamente la procedencia del recurso de casación en la forma, ha sido interpretada en tal sentido, incurriendo con ello en un vicio de inconstitucionalidad, puesto es contrariado el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto de la Carta Fundamental, que establece el marco normativo base para la comprensión del debido proceso. Por ello, sostiene a fojas 7 de su presentación, que si es negada la procedencia del recurso de casación en la forma, cuestión que incide en la legalidad de la tramitación en sí del proceso, se incurre en un vicio de inconstitucionalidad irremediable, puesto que dicha impugnación está al servicio, precisamente, de las garantías procesales que la ley otorga a los litigantes, afirmando el debido respeto que la judicatura debe a las leyes adjetivas. Por estas consideraciones, solicitan

se declare la inconstitucionalidad del Auto Acordado dictado por la Corte Suprema, conforme los antecedentes expuestos.

Tramitación.

El requerimiento fue admitido a trámite con fecha 19 diciembre de 2017, oportunidad procesal en que se decretó la suspensión del procedimiento en que incide.

A su turno, fue declarado admisible en resolución del día 9 de enero de 2018, confiriéndose traslado a la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Santiago y las demás partes de la gestión pendiente, para la formulación de observaciones.

Observaciones de la parte de Sylvain Dominique Chevalier.

El demandante en sede de familia evacúa traslado, instando por el rechazo de la acción constitucional. Refiere que a través del libelo de fojas 1 se solicita la declaración de inconstitucionalidad de una norma ya derogada y otra no aplicable al caso concreto, puesto que su entrada en vigencia es posterior a la fecha de ser deducida la demanda de restitución con que accionó el padre de la menor. Indica que es sólo uno de los autos acordados indicados el que será considerado por la Corte de Apelaciones de Santiago. El Acta N° 225-2015 no existe, puesto que es el Auto Acordado N° 205-2015 el hoy vigente en Chile en la materia de fondo, sin embargo éste no estaba vigente en Chile a la fecha de accionar el padre, encontrándose en derecho aplicable sólo el dictado en 2002. Por ello no es posible que toda la preceptiva reprochada por la actora sea declarada como contraria a la Carta Fundamental, revelando sólo más bien, que la requirente ha accionado sin precisar con exactitud la preceptiva realmente aplicable al caso.

Luego, esta Magistratura no podría, so pena de exceder sus atribuciones competenciales, pronunciarse en torno a la aplicación de la norma en el caso concreto. Siguiendo lo formulado por la actora en su libelo, su cuestionamiento apunta a discrepar de la interpretación entregada por los tribunales a los preceptos materia del reproche de estos autos. Así, no es interpretado un auto acordado, sino que un ejercicio interpretativo llevado a cabo por la judicatura ordinaria. La alusión a la contravención constitucional que enuncia la actora es en exceso abstracta y no indica en forma clara y concreta cómo son vulnerados sus derechos constitucionales. Por ello, resulta evidente, comenta la parte demandante en la gestión pendiente, que lo buscado es, más bien, la modificación de la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación en la forma que efectuara la Corte de Apelaciones de Santiago.

Finalmente, de acogerse la acción de la requirente, se produciría el efecto ilógico de privar de todo tipo de recurso a la sustanciación del procedimiento que se sigue en este tipo de materias, puesto que el precepto reprochado regula, también, lo concerniente al recurso de apelación.

Por estas consideraciones solicita el rechazo del requerimiento de fojas 1.

Observaciones del Consejo de Defensa del Estado.

El ente fiscal con fecha 24 de enero de 2018 evacúa traslado, a fojas 285, instando por el rechazo de la acción deducida, en representación judicial del Estado de Chile y de la Corte Suprema.

Comenta que con esta presentación la actora busca un control concreto y no abstracto de la norma, controvirtiendo con ello la temprana jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en orden a caracterizar esta acción como abstracta, con efecto personal erga omnes y temporal ex nunc. De la lectura de la acción deducida, se tiene que ésta no busca impugnar una normativa, sino más bien, la aplicación que le han entregado los tribunales a diversos preceptos. De dicho presunto problema de interpretación, se busca la expulsión del ordenamiento jurídico de preceptiva contenida en autos acordados.

Luego, indica que la gestión pendiente basal que comenta la actora es un recurso de apelación, puesto que el recurso de casación en la forma interpuesto fue ya declarado inadmisibile y denegada la reposición y, posteriormente, la reconsideración de la recurrente. De acogerse la acción, no podría ello retrotraerse para invalidar en derecho dicha decisión, ya firme.

Hace presente que siguiendo la jurisprudencia de esta Magistratura, nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre el derecho a la revisión de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores ante su superior jerárquico. Y, se tiene que está consagrado en la normativa aplicable al caso, el recurso de apelación, amplio y apto para revisar integralmente lo resuelto en primera instancia. Siguiendo de cerca lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicando las disposiciones de la Convención sobre el derecho al recurso no es absoluto, debiendo garantizarse la efectividad de la herramienta, encontrándose autorizado el legislador para establecer limitaciones razonables a su interposición, como un plazo para su presentación.

Unido a lo expuesto, luego de revisar los caracteres generales que guían el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, se tiene que el retorno inmediato del niño, niña o adolescente a su lugar de residencia es necesario para el cumplimiento de los fines del Convenio, con procedimientos adecuados a tal efecto, por lo que los contratantes del mismo deben recurrir, para el debido cumplimiento de sus disposiciones, a los procedimientos más rápidos que existan en la legislación doméstica.

Siguiendo este mandato, y con el objeto de mejorar y agilizar la tramitación de las causas sobre sustracción de menores, la Corte Suprema dictó en 1998 el primer auto acordado para regular esta materia, el que ha sido modificado en dos ocasiones en los años 2002 y 2015.

Por ello, no existe afectación al derecho del debido proceso por haberse limitado el derecho al recurso solo a la interposición del posibilita de mejor forma, y sin formalidad alguna, que el superior jerárquico revise lo resultado por el tribunal inferior, siendo esto recurso de apelación, ya que, como se ha señalado, es el que plenamente compatible con los preceptos constitucionales que se dicen violentados por la requirente.

Por lo expuesto, solicita sea rechaza la acción deducida a lo principal, de fojas 1.

Vista de la causa y acuerdo.

Con fecha 22 de marzo de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por la requirente doña Silvia Loreto Lobos Contreras, de la abogada doña Mercedes Bulnes; por la parte de don Sylvain Dominique Chevalier, del abogado don Francisco Javier Cox Vial; por el Consejo de Defensa del Estado, de la abogada doña Javiera Blanco Suárez; y por la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial, de la abogada doña Javiera Verdugo Toro. Posteriormente, en Sesión de Pleno de 3 de abril de 2018 se adoptó acuerdo de rigor.

CONSIDERANDO:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL

PRIMERO: Que, en autos, el conflicto de naturaleza constitucional se establece al tenor de la petito de la acción deducida, en cuanto se vulneraría la garantía del derecho al recurso, en el contexto del procedimiento aplicable al Convenio de La Haya Relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas, infringiéndose en el texto del Auto Acordado de 1998, modificado por el Auto Acordado del 17 de mayo de 2002 y refundido por el Acta N°205-2015 (artículos 8°, 9° y 12°, respectivamente). En concreto, la cuestión controvertida es si las disposiciones impugnadas, al establecer reglas restrictivas de los recursos procesales admisibles contra la sentencia definitiva, son constitucionalmente admisibles;

SEGUNDO: Que, para abordar el problema que se deduce en la presente acción constitucional, conviene realizar una operación sustentada de manera histórico-analítica, en un sentido de como se ha reflexionado en el pasado sobre estos tópicos en el aspecto normativo, de forma que exista una consistencia interna, esto es, que el instituto de los Autos Acordados aparezca dentro de una sistemática normativa tendiente a desarrollar y mantener el buen funcionamiento de los órganos jurisdiccionales;

II.- PRINCIPIO DE CELERIDAD

TERCERO: Que el problema abordado por el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adquiere su relevancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial, pues por esta vía se podría alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Así las cosas, los objetivos del Convenio se podrían resumir en que dado que un factor característico de estas situaciones reside en que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. En otras palabras, se pretende la restitución del statu quo mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita- salvo excepciones establecidas en el convenio-, mecanismo que permite que, en la mayoría de los casos la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades del país de residencia habitual del menor, antes de su traslado. En atención a lo anterior, la celeridad se constituye en un elemento esencial de la restitución internacional, habida consideración de que “cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retronó sólo se dictase al cabo de cierto tiempo”. (Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Párr. 15 a 36.);

CUARTO: Que en el campo de la doctrina el principio de celeridad se asocia con la idea de acceso a la justicia, en cuanto no basta con que los órganos del Estado permitan un acceso a la jurisdicción, sino que, además, requieren que tal acceso implique, necesariamente, que nos encontremos en presencia de un procedimiento racional, justo y resuelto en periodo breve de tiempo;

QUINTO: Que la actora constitucional invoca la celeridad al establecer plazos acotados y restricciones al sistema recursivo, con la finalidad que dada la naturaleza de las materias a dilucidar, en particular, en los procesos de restitución de menores su resolución debe hacerse de manera acotada y útil;

SEXTO: Que, resulta necesario realizar una ponderación en el caso específico, al contraponer dos principios aplicables en la especie: el de celeridad de los procesos y el derecho al recurso. En tal sentido el ejercicio de la ponderación para evaluar la solución constitucionalmente correcta requiere establecer que la restricción de recursos en el procedimiento de restitución de menores persigue una finalidad legítima (idoneidad); del mismo modo la necesidad de establecer mecanismos de celeridad restringiendo los recursos, radicando en la pertinencia de que procede el recurso sólo de aplicación y el establecimiento de plazos breves para el cumplimiento de actos jurídicos procesales en los procedimientos consagrados al efecto; y por último, la proporcionalidad en sentido estricto, la cual debe ponderarse en base al interés superior del menor y al cumplimiento del deber de buena fe del Estado de Chile en respetar y observar los tratados y principios que lo obligan los convenios internacionales. No debe olvidarse nunca que a partir de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, que reconoce el principio “pacta sunt servanta” reafirma que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Disposición que debe ser concordada

con el artículo 27 del mismo convenio internacional, que dispone: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”;

SEPTIMO: Que en virtud de lo anteriormente expresado resulta concluyente que en un proceso de ponderación entre el principio de celeridad y el derecho al recurso, dada la naturaleza y entidad de la materia analizada, debe primar el principio de celeridad, en atención al cumplimiento de los fines y objeto de la materia en análisis;

III.- DERECHO AL RECURSO

OCTAVO: Que el debido proceso contempla, entre sus elementos constitutivos, el derecho al recurso, el cual consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior; el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales: “impedir la revisión de los hechos es generar respuestas jurisdiccionales sujetas a errores que no garantizan la debida imparcialidad del juzgador, al no estar sujeto a control, examen o revisión de lo resuelto.”. (Derecho al Recurso, Williams Eduardo Valenzuela Villalobos, Ed. Jurídicas de Santiago, año 2015, p. 54)(STC ROL N°3297 c.14);

NOVENO: Que la protección por parte de los órganos jurisdiccionales del derecho al recurso, a partir de las últimas tendencias implica un reconocimiento en guardar las formas procesales, en el sentido que las instituciones como tales cumplan con la finalidad procesal-constitucional requeridas en cada caso;

DECIMO: Que se ha entendido el derecho al recurso como uno de los elementos del debido proceso, el que estaría implícitamente reconocido en el enunciado contenido en el inciso sexto, del numeral tercero, del artículo 19, de la Constitución (STC ROLES Nos.934 y 1432);

UNDECIMO: Que el cuestionamiento de la peticionaria doña Silvia Loreto Lobos Contreras radica, esencialmente, en su libelo de fojas 1 “en que se incurriría en un vicio de constitucionalidad irremediable”, al denegarse ante los Tribunales de Familia, en virtud del artículo 67 de la Ley N°19.968, sobre Tribunales de Familia, en determinadas causales que dicen relación con el recurso de casación de forma, las cuales tendrían incidencias en el caso sub-judice;

DECIMOSEGUNDO: Que, los criterios para evaluar ciertas limitaciones en los recursos es constitucionalmente admisible, atendido a que los derechos fundamentales no son absolutos y las limitaciones a la procedencia de otras acciones y vías de impugnación tienen su fuente en la Carta Fundamental (STC ROL N°1509-08). De esta forma, la validez constitucional de una restricción legal al acceso a ciertos recursos procesales, obedece a una razón objetiva y no discriminatoria ni arbitraria, que justifique una diferencia de trato, en función de un fin legítimo de índole constitucional, dejando a salvo otras vías, recursos o acciones de índole procesal que garanticen adecuadamente el derecho a defensa y el acceso a la administración de justicia (en ese sentido STC Rol N° 2798-15 c. 29).

En mérito de lo aseverado en los motivos precedentes, la pretensión de la actora en tal sentido no puede prosperar al efecto;

IV.- ÁMBITO NORMATIVO DE LOS AUTO ACORDADOS

DECIMOTERCERO: Que, la Constitución es la norma fundamental y fundante del ordenamiento jurídico. La Constitución es norma jurídica y como tal participa de cuantos caracteres materiales y formales se predicen de la norma jurídica en general. Sin embargo, no puede obviarse que la Constitución no es sólo norma jurídica sino que además es una norma declarativa de valores. El carácter de la Constitución tiene un sello de norma suprema o fundamental, puesto que su contenido constituye el punto de partida para el desarrollo de todo el ordenamiento jurídico del Estado, el cual debe ordenarse e interpretarse de acuerdo con el sentido de la Constitución. El artículo 6º, de la Constitución da cuenta de lo expresado: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictada conforme

a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determina la ley”;

DECIMOCUARTO: Que, la Constitución es la norma fundante del ordenamiento jurídico por cuanto establece la jerarquía de las fuentes del Derecho y regula las formas de producción de las normas jurídicas. En opinión unánime de la doctrina que una de las tareas esenciales de la Constitución es precisar los órganos competentes para la producción de las normas jurídicas, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiestan la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o competencia.

La Constitución como norma jurídica esencial y fundante del ordenamiento jurídico, es quien debe decidir el rol que juega en la arquitectura constitucional las distintas piezas que componen dicha estructura;

DECIMOQUINTO: Que, este Tribunal ha sostenido, en su sentencia Rol N°783, que en aspecto de funcionamiento en que el legislador no ha establecido normas o que expresamente la Carta Fundamental no le ha reservado a este, el propio órgano judicial tiene la facultad de autorregularse, añadiendo que, naturalmente, estas autorregulaciones no pueden contradecir normas legales ni menos aquellas de rango constitucional (STC Rol N°1812 c.16);

DECIMOSEXTO: Que en este sentido no puede aparecer vulneratorio por parte del Poder Judicial el ejercer facultades que expresamente el artículo 82 de la Carta Fundamental entrega a la Corte Suprema de dictar Auto Acordados, esto es, disposiciones de carácter general y abstracto, que reglan materias propias de su funcionamiento;

V.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS AUTO ACORDADOS

DECIMOSEPTIMO: Que, esta Magistratura ha decidido:”Que la Constitución procura y consagra la independencia del Poder Judicial. Una de las dimensiones de tal independencia, además de la personal de cada juez, es la que debe tener el órgano judicial. Esta dimensión de la independencia resultaría imposible si la capacidad de autorregularse en su funcionamiento se redujera, como pretende la requirente, a puras cuestiones menores. La facultad disciplinaria es esencial a la prestación de un buen servicio judicial y, en este sentido, la vinculación entre las facultades disciplinarias y las económicas es evidente. La facultad disciplinaria de la Corte Suprema, incluso para remover o trasladar a jueces, le ha sido atribuida por la Constitución, en su artículo 80, mientras la facultad disciplinaria de la Corte de Apelaciones -incluida, por cierto, la de Santiago- se encuentra contemplada en los artículos 532 y siguientes, particularmente en el artículo 535, del Código Orgánico

Constitución y en la ley, está llamada a ejercerse. Tal ejercicio debe conformarse a la Constitución y a la ley. En aspectos de funcionamiento en que el legislador no ha establecido normas o que expresamente la Constitución no le ha reservado a éste, el propio órgano judicial puede auto regularse. Impedirlo haría imposible o enteramente discrecional el ejercicio de la facultad disciplinaria. Un Poder Judicial independiente y responsable de prestar un buen servicio a todas las personas, puede, a través de sus autoridades, regular el ejercicio de sus facultades disciplinarias por medio de autos acordados. Naturalmente estas regulaciones no pueden contradecir normas legales ni menos las de rango constitucional. Por ende, los autos acordados no pueden regular materias que el constituyente ha reservado al legislador. La requirente ha alegado que así sucede en el caso del impugnado, lo que se analizará en el acápite que sigue. Lo que se concluye en éste es que, en razón de la materia, la Corte de Apelaciones no ha violentado la Carta Fundamental por el hecho de regular el modo en que procederá para ejercer sus facultades disciplinarias. Las materias disciplinarias, en sí mismas, no presentan ninguna característica que impida su legítima regulación por Auto Acordado” (STC 783-07 c.25);

DECIMOCTAVO: Que, agrega en el mismo laudo: "...es el legislador quien, en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, ha establecido las normas que pudieran garantizar -o no hacerlo- un proceso racional y justo en materia de jurisdicción disciplinaria. Las reglas del Auto Acordado que son susceptibles de afectar los derechos de la requirente y que no sean aquellas respecto de las cuales ya se ha concluido que contravienen la Carta Fundamental, consisten en normas puramente reglamentarias de preceptos legales que no establecen un procedimiento, sino que se limitan a precisarlo en aspectos no esenciales, como los lugares en que deben practicarse las notificaciones, el modo en que debe formarse el expediente o el modo de contabilizarse ciertos plazos legales. En cuanto a la que fija el plazo para presentar descargos, contenido en la letra i) del artículo 4º, nos remitimos a lo razonado en el considerando 19. Si bien es cierto que algunas de las normas del Auto Acordado complementan reglas de procedimiento, aumentando la certeza de los funcionarios judiciales que participan o se ven afectados por estos procesos, no puede decirse que ellas sean ajenas al funcionamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago o que esas normas reglamentarias contenidas en el Auto Acordado sean las llamadas a garantizar la justicia o racionalidad del procedimiento. El precepto constitucional invocado efectivamente reserva al legislador establecer las reglas procesales, de manera de garantizar que los procedimientos sean racionales y justos, pero ello no implica que los Tribunales Superiores de Justicia no puedan, en materias disciplinarias de su competencia, precisar su propio funcionamiento, dictando normas reglamentarias ante la falta de normas legales, a través de un Auto Acordado" (STC ROL N°783 c.29);

DECIMONOVENO: Que de esta manera no es posible coincidir con lo razonado con la requirente de fojas 1, en orden a que estas materias de especial relevancia no puedan ser reguladas mediante auto acordado, al objetar a fojas 5 de su libelo de manera precisa los artículos 8º, 9º y 12º de los referidos Auto Cordados de la Excm. Corte Suprema consagrados en instrumentos de 3 de noviembre de 1998, 17 de mayo de 2002 y en el Acta N°205-2015, de 3 de diciembre del referido año, atendido lo antes argumentado;

VI.- FACULTAD DE LA CORTE SUPREMA DE DICTAR AUTOS ACORDADOS

VIGESIMO: Que, sin pecar de redundante transcribiremos lo señalado por esta Magistratura en sentencia Rol N°1557, en sus motivos octavo a decimosegundo: "OCTAVO: Que con el solo objeto de enmarcar el pronunciamiento que se expedirá, se analizará, en primer término, la facultad de la Corte Suprema de dictar autos acordados, esto es, de disposiciones de carácter general y abstracto (Rol N° 1009/2007, c. 5º). Así, debe tenerse presente que la referida facultad arranca del artículo 82, inciso primero, de la Constitución Política, que señala: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales." Este precepto viene repitiéndose en nuestras Cartas Fundamentales desde el año 1828. Consecuente con lo anterior, el artículo 96, N°4, del Código Orgánico de Tribunales dispone que corresponde al Pleno de la Corte Suprema: "Ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan (...). En uso de tales facultades, podrá determinar la forma de funcionamiento de los tribunales y demás servicios judiciales, fijando los días y horas de trabajo en atención a las necesidades del servicio". NOVENO: Que dicho fundamento constitucional también ha sido reconocido por la doctrina más autorizada al señalar que "Es doctrina uniforme del Derecho Procesal nacional que los auto acordados se fundan en las facultades económicas de los tribunales, aserto que tiene apoyo en los textos y en la historia del establecimiento del artículo 3º del

Código Orgánico de Tribunales (...) tales potestades se entregan en forma especial a la Corte Suprema en los arts. 82 de la Constitución Política y 96, N° 4 y 99 incs. 1º y 3º del Código Orgánico de Tribunales" (Hugo Pereira Anabalón, "Los Auto Acordados", en Revista Gaceta Jurídica, año 2007, N° 327, septiembre, páginas 22 y 23). Por su lado, Alejandro Silva

Bascuñán ha puntualizado que los autos acordados “son reglas generales, abstractas, dispuestas por el tribunal, encaminadas al mejor funcionamiento y ejecución de las atribuciones que el constituyente o el legislador confían a la magistratura, cuando o en cuanto no le han sido señaladas directamente al conferírseles” (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Ed. Jurídica, 2002). DECIMO: Que La referida superintendencia se relaciona, naturalmente, con la independencia de los tribunales en el cumplimiento de los cometidos que la misma Constitución les ha asignado, principio que se encuentra recogido en el artículo 76 de la Carta Fundamental. Como sostiene la profesora María Pía Silva, “si la Constitución reconoce al Poder Judicial la necesaria independencia para poder ejercer debidamente su jurisdicción (art. 76), parece consecuente que confíe a los tribunales la facultad de adoptar todas las medidas que permitan el adecuado funcionamiento de los medios con que debe contar para cumplir debidamente con su función propia. Dichas medidas pueden concretarse en la formulación de reglas generales y abstractas, es decir, a través de la dictación de autos acordados aplicables a todas las situaciones descritas por sus normas, o en la adopción de acuerdos o resoluciones de carácter especial, particular y específico.” (Control de constitucionalidad de los autos acordados. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Temas Actuales de Derecho Constitucional, Libro Homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 321). En otras palabras, el Constituyente ha reconocido la posibilidad de que la Corte Suprema ejerza facultades normativas, como la dictación de autos acordados, para propender al más eficaz cumplimiento de las funciones jurisdiccionales que le han sido confiadas. DECIMOPRIMERO: Que, por su parte, el profesor Alejandro Silva Bascuñán alude a la superintendencia económica de la Corte Suprema en base a las diversas acepciones del vocablo “economía”. En efecto, ha precisado que dicha superintendencia corresponde a “todo lo que conduzca a la perfecta disposición de los diversos elementos necesarios para la mejor prestación del servicio.” (Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 145). A su vez, entre los fallos más antiguos que explican el contenido de la superintendencia económica de la Corte Suprema, se encuentra el de 1º de septiembre de 1926, el cual expresa que, en ejercicio de dicha facultad, “le corresponde velar por la pronta y cumplida administración de justicia, pudiendo con tal fin establecer, de acuerdo con las normas legales, lo que crea más acertado para asegurar el mejor servicio judicial, dictando al efecto las medidas o disposiciones que estime conducentes a tal objeto.” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 24, sección 1ª, p. 140, citado por Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 208). DECIMOSEGUNDO: Que, sin perjuicio de que la facultad de la Corte Suprema de dictar autos acordados encuentra su fundamento en el artículo 82 en relación con el artículo 76 de la Constitución Política, no puede olvidarse que la reforma constitucional de 2005 confirió a esta Magistratura la atribución de resolver las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, lo que, indudablemente, vino a ratificar esta potestad de que ya gozaba el máximo tribunal del Poder Judicial. Así pues, si el artículo 93, N° 2º, de la Carta Fundamental otorga a esta Magistratura competencia para revisar la constitucionalidad de estas normas, es evidente que valida también esa competencia (Rol N° 783) (STC Rol N°1557 cc. 8 al 12);

VII.- CONCLUSIÓN

VIGESIMOPRIMERO: Que en virtud de lo razonado precedentemente y teniendo en consideración de manera expresa, lo sustentado por la requirente, sobre la afectación en el ejercicio de derechos fundamentales mediante la dictación en los Autos Acordados de 3 de noviembre de 1998, 17 de mayo de 2002 y en el Acta N°205-15, de 3 de diciembre del mismo año, no es posible concluir afectación alguna de garantías o derechos fundamentales al tenor de lo pretendido por la actora constitucional de fojas 1.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, SE RESUELVE:

I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFICIÉSE A TAL EFECTO.

III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIAS

Acordado con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Juan José Romero Guzmán, quienes estuvieron por acoger el presente requerimiento en virtud de los siguientes argumentos:

I. LA IMPUGNACIÓN

1°. Se ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad de las siguientes disposiciones del Auto Acordado de la Corte Suprema relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 17 de mayo de 2002, modificado y refundido en su texto por el Acta N° 225-2015, de 3 de diciembre de 2015 de la Corte Suprema: el artículo 8°, artículo 9° y del artículo 12°, inciso primero.

La gestión pendiente corresponde a un recurso de apelación deducido por la requirente en contra de la sentencia definitiva de fecha 22 de noviembre de 2017, que modificó la dictada el día 20 de noviembre del mismo año, en la causa sobre efectos civiles del secuestro internacional de niños y niñas, caratulada “Chevalier Lobos”, seguida ante el Cuarto Tribunal de Familia de Santiago.

2°. El reproche que se formula a dichos preceptos dicen relación con el racional y justo procedimiento. Específicamente, se cuestiona que el Auto Acordado excluya la procedencia del recurso de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia definitiva dictada en estas materias. Lo anterior, a diferencia de lo que señala el artículo 67 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, que habilita el recurso de casación en la forma en determinadas causales, como las ocurridas en este caso. El Auto Acordado, al excluir la procedencia de una acción contenida en la ley, vulneraría con esto lo dispuesto en el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución.

II. ASPECTOS SOBRE LOS CUALES NO CABE UNA DISCUSIÓN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3°. En primer lugar, no cabe cuestionar que la Corte Suprema puede dictar Autos Acordados. El sólo hecho que se entregue al Tribunal Constitucional la facultad de conocer de la impugnación de dichos reglamentos (artículo 93 N° 2°), despeja toda duda en la materia.

4°. En segundo lugar, tampoco vamos a discutir aquí si estamos frente, efectivamente, a un Auto acordado. La norma impugnada originaria y su modificación, tiene la denominación de “actas”. Sin embargo, como lo señaló esta Magistratura (STC 2975- 2017), corresponde a este Tribunal definir la naturaleza jurídica de esta regulación, sin que ello dependa de la denominación que le atribuye quien lo omite, sino que de su naturaleza jurídica. En este caso estamos frente a una norma general y abstracta, es decir a un reglamento dictado por la Corte Suprema (STC 1009-2008, 1557- 2011, 1812-2011, 1816-2011, 1817-2011 y 2975-2017),

destinado a regular un procedimiento específico: el procedimiento judicial para la aplicación de un tratado internacional que regula la sustracción internacional de niños y niñas.

5°. En tercer lugar, no corresponde discutir aquí el fondo de la gestión pendiente de autos, ni tampoco las actuaciones del Tribunal de Familia en primera instancia. Eso excede la competencia de esta Magistratura. Ésta sólo debe limitarse a contrastar el Auto Acordado con la Constitución y verificar si se han pasado a llevar o no derechos constitucionales.

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6°. El artículo 93 N°2° de la Constitución establece que corresponde a esta Magistratura resolver las cuestiones de constitucionalidad de los Auto Acordados dictados por la Corte Suprema.

La Constitución no distingue respecto de los tipos de autos Acordados que son impugnados frente a esta Magistratura. Por lo mismo, esto puede emanar de cualquiera de las funciones de la Corte Suprema. Se trata, entonces, de una potestad expresa (STC 2975/2017).

Por otra parte, el análisis que debe realizar el Tribunal Constitucional no es concreto, sino que abstracto (STC 1557/2011). Por lo mismo, debe tratar de prescindir de los hechos de la causa. El hecho que la sentencia de inconstitucionalidad tenga efectos generales, derogando la norma si es acogido, y no sólo afectando a quien interpuso la acción ante el Tribunal, apunta en este sentido.

Enseguida, esta atribución no es para recomendar una determinada modificación o salvar con una específica interpretación la constitucionalidad del precepto. Fundamentalmente porque, declarada la constitucionalidad, con o sin recomendación o con o sin interpretación, ya no puede discutirse la constitucionalidad del mismo invocando el mismo vicio en materia de la sentencia previa (artículo 54, inciso segundo, N° 2°, y artículo 59 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

Finalmente, si esta Magistratura declara inconstitucional un precepto contenido en un Auto Acordado, este desaparece para siempre del ordenamiento, sin que pueda revivir reemplazando íntegramente el texto que la contenía, por otro. Eso sería eludir los efectos generales, supresivos y permanentes de la sentencia.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMA IMPUGNADAS

7°. Lo que solicita la requirente es que se aplique el sistema recursivo del procedimiento legal común en materia de familia - contenido en el artículo 9° y siguiente de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia -, y no el que se establece en el Auto Acordado. La aplicación de norma recursiva del Auto Acordado excluyó un recurso - el de casación en la forma - al cual tendría derecho si se aplicara la norma legal.

Por tanto, el tema central radica en el respeto a la reserva legal y, secundariamente, sobre el derecho al recurso. Ambos aspectos están contenidos en el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Constitución Política.

8°. El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores establece orientaciones, pero no mandata un procedimiento especial a los Estados que suscriben dicho tratado. La Corte Suprema, en la motivación a la dictación del Auto Acordado, señala que se “establece un procedimiento muy sumario, acorde a lo que exige el Convenio” (considerando 2°). Sin embargo, el artículo 11 del Convenio sólo señala: que “[l]as autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.”.

9°. No es posible asumir que existe una omisión legislativa en este caso. La ley N° 19.969, sobre Tribunales de Familia contempla un procedimiento de aplicación general en el artículo 9° y

siguiente el cual no ha sido considerado por los requeridos como incompatibles con el estándar general de premura. Esto puede constatarse, especialmente, en la vista de la causa ante una pregunta específica sobre el particular. Nada impide que en el procedimiento legal aludido se pueda actuar con la urgencia del caso de acuerdo con el interés superior del niño.

10°. Los Autos Acordados no pueden invadir las materias propias de ley. Lo anterior se ve reforzado en nuestro sistema por lo establecido en el artículo 77 de la Constitución. Dicho precepto establece que las atribuciones de los tribunales que fueren necesarias para la pronta y cumplida administración de justicia, es materia de Ley Orgánica y la modificación de estas potestades, sólo puede hacerse oyendo previamente a la Corte Suprema.

Esto implica que las atribuciones de los Tribunales las da la Ley. La ley común (artículo 63 N° 3° y 4° de la Constitución) o la Ley Orgánica constitucional, en la medida que abarque materias relativas a la pronta y cumplida administración de justicia. Pero no de un Auto Acordado.

Los Autos Acordados no pueden suplir vacíos de ley, ni incurrir en las materias propias de éstas.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, quienes optaron por acoger parcialmente el requerimiento, en lo concerniente al vocablo “sólo”, contenido en el artículo 12 del Auto acordado N° 205-2015, que modifica y refunde texto del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas, dadas las razones que continuación exponen:

1°. Que, el artículo 12 inciso primero del auto acordado censurado por el requerimiento de autos señala que “La sentencia definitiva sólo será impugnada a través del recurso de apelación (...)”, siendo la voz “sólo” un adjetivo que según el Diccionario de la Real Academia Española significa “único” por lo que debe entenderse que en el procedimiento establecido en dicho auto acordado cabe, únicamente, el recurso de apelación para impugnar la sentencia definitiva dictada en el proceso tramitado conforme a él;

2°. Que, conforme a lo anterior, existe una limitación al sistema recursivo, y por ende una afectación del derecho al recurso en términos de alterar el debido proceso, que asegura a toda persona el numeral tercero del artículo 19 constitucional;

3°. Que, constreñir los medios procesales que impugnan sentencias solamente a un recurso determinado, como es el caso del Auto Acordado objetado en estos autos, hace que se configure un impedimento sustancial al examen de la sentencia definitiva, por parte de los tribunales superiores de justicia sobre puntos de derecho que pueden resultar decisivos en la resolución de la controversia jurídica planteada por las partes en el proceso;

4°. Que, en los juicios del orden civil y en lo que dice relación con el derecho de familia, se admite, en el sistema recursivo, la casación en la forma y en fondo, ajustándose dichos procedimientos al precepto constitucional citado en cuanto asegura a toda persona el acceso a un debido proceso, el cual comprende la revisión de lo resuelto por el tribunal inferior, en lo referido a una probable infracción a las normas del proceso o bien a la ley sustantiva;

5°. Que, un procedimiento racional y justo comprende, entre otros elementos, el derecho a recurrir al tribunal superior, ejerciendo todos los medios procesales adecuados para alcanzar debida justicia, es lo que la doctrina denomina “el derecho a un proceso con todas las garantías”, y en este sentido, el recurso de casación resulta esencial porque puede ocurrir que el sentenciador incurra en infracción de ley, ya sea procesal o sustantiva, lo que puede ocasionar un perjuicio a una de las partes en el proceso, parte que no tendrá posibilidad de recurrir al tribunal superior;

6°. Que, la limitación recursiva señalada, genera tanto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como también al debido proceso, situación que constitucionalmente es más reprochable tratándose de los efectos civiles respecto de la sustracción internacional de niños y niñas;

7°. Que, resulta contrario a la Constitución establecer una norma jurídica, como lo hace el artículo 12 del Auto Acordado, que establezca la improcedencia de otro recurso que no sea la apelación, por verse afectada la igual protección de los derechos dado que un derecho procesal básico consiste en conferir a las partes de un proceso, la facultad de impugnar las resoluciones judiciales que les causan agravio en forma amplia;

8°. Que, en el caso concreto existe una sentencia definitiva del juez de familia que resuelve en un sentido, y posteriormente la enmienda, pronunciándose en dirección absolutamente contrario, con lo cual no solo la vía de la apelación es la idónea para que la parte afectada tenga la posibilidad de que el superior judicial jerárquico revise lo resuelto;

9°. Que, este Tribunal ha reflexionado especialmente respecto del recurso de casación en la forma, que es el recurso procesal que niega el auto acordado, concluyendo que detrás del ejercicio de éste, “se encuentra el legítimo derecho a obtener una sentencia que dé pleno cumplimiento a los requisitos que el legislador ha estimado como necesarios e integrantes de un proceso jurisdiccional estructurado en armonía con las garantías constitucionales aseguradas a todo aquel que recurre a la decisión de los Tribunales de Justicia” (STC Rol N°2988 c.25), y que en el caso concreto se hace más palmario;

10°. Que, igualmente hay que considerar la naturaleza del recurso procesal que se impide a la parte ejercer, en el procedimiento establecido en el Auto Acordado, el que tiene como función básica la defensa de la ley y su correcta aplicación, función primordial de los tribunales superiores de justicia, la cual ayuda a la uniformidad de la interpretación de la ley concretando de esta manera la seguridad jurídica como valor intrínseco del ordenamiento jurídico;

11°. Que por los razonamientos precedentemente expuestos, estos Ministros estiman que el inciso primero del artículo 12 en lo que respecta a la expresión “sólo” ocasiona la vulneración de un procedimiento racional y justo, y por ende dicho adjetivo ”sólo” resulta contrario a la Constitución.

PREVENCIONES

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señor José Ignacio Vásquez Márquez, concurren al rechazo, solo sobre la base de las siguientes consideraciones:

1°. Que, se ha reclamado la inconstitucionalidad de dos preceptos anteriores que, en definitiva, convergen en el artículo 12, inciso primero, del Acta N° 205-2015, de la Corte Suprema. El reproche se hace consistir en que dicha norma menoscabaría el debido proceso, puesto que impide, o bien permite que los jueces interpreten que no procede, el recurso de casación en la forma dentro del procedimiento de restitución internacional de menores.

El conflicto planteado versa pues sobre esta cuestión precisa: si el auto acordado señalado, al regular el debido proceso en este tipo de causas, pudo entrar a normar la procedencia de la casación en la forma, a pretexto de promover el derecho al recurso;

2°. Que, tal como ha indicado una larga jurisprudencia constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico los autos acordados tienen cabida para suplir aquellos vacíos que puedan afectar el derecho de los justiciables a un debido proceso, justo y racional. Como la omisión legislativa no exime de la obligación de incoar siempre un procedimiento en condiciones de ecuanimidad, la Corte Suprema bien puede ordenar los trámites que lo componen a través de un auto acordado y por vía general (Roles N° 3056, 3136, 3137 y 3180).

Sin embargo, aun en el evento de considerarse la casación como formando parte del derecho al recurso, es lo cierto que este arbitrio procesal únicamente procede en los casos que señala la ley, por ser materia de reserva legal exclusiva todo cuanto concierne a la validez o nulidad de las sentencias emanadas del Poder Judicial, no siendo procedente, por ende, estatuir su cabida a través de simples autos acordados;

3°. Que, por consiguiente, el hecho de que el artículo 12 del Acta N° 205-2015 disponga que la sentencia definitiva “solo” será impugnada a través del recurso de apelación (inciso primero), y que contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación “no procederá recurso alguno”, no puede interpretarse en el sentido de que la Corte Suprema haya querido pronunciarse allí, en algún sentido, respecto a la procedencia del recurso de casación en la forma.

Siendo ello resorte del legislador, por eso es que la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia y que obra como norma supletoria en los procedimientos sobre restitución internacional de menores (artículos 1°, 8° N° 17 y 55), dispone que sí es posible deducir el recurso casación en la forma en los casos que ella señala (artículo 67, N° 6, letra a).

De donde es posible concluir, tal como lo han hecho los Tribunales Superiores de Justicia, que en materia de restitución de menores es factible deducir y conocer del recurso de casación en la forma de que se trata (Corte Suprema rol N° 8.712-12).

El Ministro Gonzalo García Pino concurre a la decisión con los siguientes criterios:

1°. Comparto la sentencia con la salvedad de los considerandos 13° a 19°. Adicionalmente, agrejo los siguientes elementos para rechazar el requerimiento.

2°. Cuestiones que no son competencia del Tribunal Constitucional: La parte demandante en la gestión pendiente (padre de la niña) ha afirmado que en el caso concreto no se aplican todas las disposiciones impugnadas, y que el Auto Acordado aplicable es el Acta de 2002. Como ha establecido esta Magistratura con anterioridad, determinar la norma aplicable es competencia del juez del fondo (STC 1913, c. 8°). Asimismo, si el Tribunal declara inconstitucional una o varias disposiciones, tampoco determina las normas supletorias que deberían aplicarse en el caso concreto.

3°. Competencia del Tribunal Constitucional en la inconstitucionalidad de los Auto Acordados. La facultad del artículo 93 N° 2 de la Constitución implica ejercer un control abstracto del Auto Acordado impugnado, que tiene efecto derogatorio erga omnes. “La necesidad de que se afecten derechos fundamentales por el auto acordado que se impugna no altera, por su parte, la naturaleza de control abstracto que supone el ejercicio de esta modalidad de control constitucional. En efecto, el contraste deberá verificarse entre todas o algunas de las disposiciones del auto acordado y los derechos fundamentales de rango constitucional que se estiman vulnerados en términos generales, aun cuando la impugnación haya sido sostenida por una persona determinada. Esta aseveración se ve confirmada por el efecto que produce la sentencia de inconstitucionalidad: “(...) el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo” (artículo 94, inciso tercero, parte final, de la Constitución Política). Si el auto acordado o la norma de él que ha sido impugnada “se entiende derogada”, estamos frente a un efecto que se aplica a todos (erga omnes) y no sólo a quien interpuso la acción de inconstitucionalidad. Se trata, así, del imperio de la supremacía constitucional frente a todos los miembros de la comunidad y no sólo frente a quien acudió al Tribunal

Constitucional.” (STC 1557, c. 3°). En este sentido, la resolución de este caso no puede fundarse sólo en las circunstancias de la gestión pendiente en concreto, sino que debe considerarse la contradicción de la disposición normativa con la Constitución.

4°. El valor del caso concreto tampoco puede ser desatendido puesto que es el requirente el que otorga competencia al Tribunal para pronunciarse sobre estas materias. En particular, la cuestión planteada es relativa a la infracción al derecho al recurso. Este requerimiento, en consecuencia, no cuestiona la existencia de potestades de la Corte Suprema para regular, mediante auto acordado, un procedimiento de aplicación del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

5°. Al debatir sobre la improcedencia de uno de los recursos parte de la base de la legitimidad con la cual ha procedido la Corte Suprema. Por ende, no ha sido puesto en examen la vulneración del principio de reserva legal. Ni el requirente lo indica ni tampoco el Tribunal.

6°. Al interior de este procedimiento constitucional, no se llamó a las partes a pronunciarse sobre este particular vicio de constitucionalidad relativo a las atribuciones de la Corte Suprema para dictar en plenitud el auto acordado, lo que no se invocó, según la exigencia del artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Esto es fundamental y que fluye del derecho a un debido proceso en un examen con la bilateralidad de la audiencia requerida para pronunciarse sobre ese argumento. Durante la vista de la vista de la causa se exigió un pronunciamiento, basado en el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pero para debatir el alcance sobre la limitación de otros recursos. Se debatió sobre el alcance de la reserva legal y la supletoriedad de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, especialmente respecto de las normas que permiten deducir el recurso de casación en la forma en los casos que ella señala (artículo 67, N° 6, letra a). Sin embargo, no es posible determinar la concurrencia de una competencia de nuestro Tribunal que permita examinar de raíz la atribución de la Corte Suprema en la dictación de este auto acordado específico.

7°. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derecho al recurso. El Tribunal ha reconocido de manera reiterada que el derecho al recurso es un elemento integrante del derecho al debido proceso (STC 3119, 2791, entre otras). En el mismo sentido, ha establecido que no existe derecho a un recurso en concreto (STC 576, 2354, entre otras), que el recurso de apelación no es el estándar para comparar otros recursos (STC 1443, 2628, entre otras). El Tribunal Constitucional incluso ha afirmado que procesos de única instancia son compatibles con el derecho a tutela judicial efectiva (STC 1252).

8°. Jurisprudencia sobre casación en la forma. Esta Magistratura ha conocido muchas veces de requerimientos de inaplicabilidad en contra del art. 768 CPC, existiendo votación dividida al respecto. Se ha sostenido que no existe el derecho al recurso de casación: “En ejercicio de estas facultades soberanas, el legislador ha definido numerosos casos en que no procede el recurso de casación. Así, por ejemplo, por regla general no procede tratándose de las sentencias interlocutorias en el procedimiento civil (artículos 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil); en materia penal (artículos 361, 373 y 374 del Código Procesal Penal); en materia laboral (artículos 478 y 483 del Código del Trabajo); y se encuentra sumamente restringido en materia de familia (artículo 67 de la Ley N° 19.968), tributaria y aduanera (artículo 3°, N° 5, de la Ley N° 20.322, que introdujo el artículo 119 del Código Tributario). De hecho, el artículo 140 del Código Tributario, impide la casación en la forma respecto de sentencia de primera instancia.” (STC 2034, c. 11° voto de rechazo (rechazo por empate).

9°. Convenio de La Haya y su finalidad. El Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores tiene por finalidad “a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.” (Art. 1° del Convenio). Se trata entonces de obligaciones internacionales para restituir a un niño/a que ha sido sustraído ilícitamente del Estado donde residía habitualmente. El Convenio no se vincula con la decisión de fondo sobre custodia o cuidado personal, sino que establece una

acción directa de restitución. “El Convenio recoge una «primera regla»: el retorno inmediato del menor, normalmente, al país de su previa residencia habitual. Esta «primera regla» está diseñada sin tomar en consideración los «datos del caso concreto». El retorno del menor a su país de residencia habitual debe operar como «regla básica porque así se evitan rupturas bruscas del menor con su «ambiente», porque así se desincentivan los secuestros de menores y porque generalmente, el país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la «responsabilidad parental del menor.» [CALVO, Alfonso-Luis y CARRASCOSA, Javier (2008): *Derecho Internacional Privado* (Granada, Comares Editorial) Volumen II, 9ª Edición, p. 316].

10°. El art. 11 del Convenio prescribe que “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrán derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.” En función de esta celeridad, el procedimiento para decretar la restitución debe ser concentrado y rápido en su tramitación, y en tal sentido es razonable restringir los recursos disponibles.

11°. Esta causa, por la naturaleza cèlere del procedimiento, así como por la existencia del interés superior del niño a la cual esta Magistratura está obligada, como interpretación directa de obligaciones internacionales que se derivan del deber de protección de los derechos exigibles al Estado de Chile, a partir del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, no adoptó Medidas para Mejor Resolver tendientes a verificar todos los aspectos normativos de este conflicto y no perfeccionó sus procedimientos legales que permitieran pronunciarse sobre el conflicto abstracto que se deriva de la inconstitucionalidad de un auto acordado, según lo dispone el artículo 93, numeral 2° de la Constitución.

12°. Lo anterior, en la práctica, ha implicado otorgarle una preeminencia al examen del caso concreto, postergando la dimensión exclusivamente normativa y abstracta del conflicto. En tal sentido, esta causa aplica la segunda hipótesis matizada del inciso tercero del artículo 93 de la Constitución en cuanto se ha tendido a valorar el derecho de “toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente (...) cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo dispuesto en el respectivo auto acordado”. Hay muchas determinaciones derivadas o presupuestas normativas del problema que no han podido ser despejados con nitidez. Entre ellos, la autoejecutabilidad de las reglas provenientes del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; los alcances de las potestades de las autoridades administrativas; la vinculatoriedad de los procedimientos así como la naturaleza subsidiaria de otras, la supletoriedad de la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia aplicables a esta materia, etc. Estas cuestiones son fundamentales, entre otras, para una adecuada ilustración del problema. A su vez, importaba verificar un examen más amplio de las reglas de reserva legal y de ejecutividad de los tratados internacionales, no solo de las reglas de auto acordados, conforme lo disponen la recta interpretación de los artículos 19, N° 3; 54 N°1; 63 N° 3 y 20; 82 y 93, N° 2 de la Constitución.

13°. En consecuencia, a partir de un examen de derechos afectados y no de normas cuestionadas, el recurso de apelación satisface las exigencias constitucionales y convencionales del derecho al recurso. De acuerdo a las características del recurso disponible y de la necesidad de urgencia y celeridad en el proceso de restitución, es admisible constitucionalmente que el único recurso disponible para impugnar la sentencia definitiva sea el recurso de apelación. Este recurso permite al tribunal superior examinar los hechos y el derecho, y en definitiva modificar totalmente la decisión de primera instancia.

14°. Finalmente, respecto de otras circunstancias del caso concreto; los vicios procedimentales, y el actuar al menos negligente del juez de familia no pueden conducir a distorsionar la estructura de un procedimiento que en la mayoría de los casos debiera tramitarse rápidamente, en menos de 6 semanas. La requirente tiene disponible la queja disciplinaria para dirigirse en contra del juez, si estima que ha existido un abuso grave. Son todas estas razones, más aquéllas razonadas en la sentencia y que expresamente comparto, las que me llevan a rechazar el requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Nelson Pozo Silva; los votos disidentes, los Ministros señores Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar, respectivamente; y las prevenciones, el Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 4189-17-CAA.

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio

Vásquez Márquez.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Carlos Carmona Santander concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en el ejercicio de sus cargos.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

b) SCA de Valparaíso, rol 1116-2017, 03-04-2018 (sustracción internacional de menores).

Valparaíso, tres de abril de dos mil dieciocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

a.- Se eliminan los considerando séptimo y duodécimo;

b.- En el considerando undécimo se reemplaza el primer “descartando” por “es un hecho”; “haya sido” por “fue” e “ilegal” por “legal”. Y teniendo, en su lugar, presente:

1º: Que no es discutido que la menor Marina, fue trasladada ilícitamente desde el Reino de Noruega a Chile y que antes de eso ésta tenía su residencia permanente en el mencionado lugar.

2 º: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en lo pertinente a esta causa, el traslado de un menor se considera ilícito, cuando se produzca con infracción a un derecho de custodia atribuido a una persona con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado (letra a); incluyendo el caso de la potencialidad de ejercerlo si no se hubiese efectuado el traslado (letra b). Agrega que el derecho de custodia puede resultar, en particular de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho estado. Por su parte el artículo 5 letra a) señala que el derecho de custodia comprende lo relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

3º: Que de conformidad al artículo 40 de la Ley sobre las Relaciones Paterno Filiales, (ley del niño) del Reino de Noruega, – debidamente acompañado y traducida, el padre que tiene la patria potestad compartida, debe autorizar el traslado o cambio de domicilio del hijo fuera del país. De lo anterior se desprende, de conformidad con lo reseñado en el considerando que antecede, que el padre noruego que tiene la patria potestad compartida, tiene la custodia del hijo.

4º: Que, por sentencia de 26 de abril de 2016, el tribunal de primera instancia de Hedmarken, Hamar, Reino de Noruega, se concedió al demandante patria potestad compartida respecto de la menor Marina, lo que incluye su custodia, todo lo cual consta de la sentencia dictada con fecha 26 de abril de 2017 en el proceso N 17- º 022544TVI-HEDM.

5º: Que, en consecuencia, se descarta la alegación de la demandada en el sentido que el demandante, al momento del traslado de la menor a Chile, no ejercía el derecho de custodia de su hija Marina, lo que permite desechar la oposición a la restitución sustentada en el artículo 13 letra a) de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores.

6º: Que, la demandada también se opuso al traslado solicitado en la demanda, oponiendo la causal contenida en la letra b) del mencionado artículo 13, afirmando que la devolución de la menor a su padre en el Reino de Noruega, implica un grave riesgo de ser expuesta a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga a la menor en una situación intolerable. Al efecto resulta relevante que la norma se refiere a la existencia de un riesgo y no al establecimiento de una certeza.

7 º: Que, al efecto, cabe tener presente que se tuvo a la vista la reproducción de la audiencia reservada, de la que nada se desprende para los efectos de la letra b) antes referida. Sin embargo, la menor claramente manifiesta la preferencia de seguir viviendo con su madre, lo que debe tenerse en consideración de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Convención.

8º: Que, por su parte, es efectivo que la pericia efectuada por Margarita Rojo C., contiene graves deficiencias, que hace dudar de sus conclusiones, ya que, de las interrogaciones a que fue sometida por la señora Juez a quo, quedó de manifiesto que la perito asumió como verdaderas las afirmaciones de la parte que la presenta, sin verificar su autenticidad, específicamente en cuanto a la existencia de una agresión a un policía por parte del demandante y la identificación de las partes en un audio que se le dio a escuchar. Sin embargo, la declaración de la profesional, en cuanto reproduce lo que vio decir a la menor, no aparece como sesgada y permite establecer que la niña a en su presencia (sin la compañía a de su madre) hizo un relato que puede ser interpretado como abuso sexual por parte de su padre, en donde se vería involucrada su boca, realizando movimientos bucales como si estuviera expectorando. La reacción corporal de la

menor ante la eventual acción ilegítima de su padre, corrobora el relato y permite asumir por parte del tribunal una alta probabilidad de existencia.

9º: Que, también resulta relevante, la declaración del niño Franco Alexander Flandes, menor de 9 años, hermano por parte de madre de Marina, que vivió con el actor en Noruega y manifestó haber sido maltratado por éste afectando su intimidad corporal.

10º: Que, la prueba antes descrita, permite afirmar, que efectivamente, de volver la menor al Reino de Noruega junto a su padre, existe un grave riesgo de que ésta quede en una situación intolerable, de ver afectada su integridad psíquica y psicológica. Si bien no es posible asegurar que su padre la dañará, esta Corte adquirió la convicción de que es altamente probable que esto ocurra, dándose los requisitos establecidos en artículo 13 letra b) del Convenio de la Haya, de 25 de Octubre de 1980, Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Lo anterior no implica contravención al artículo 16 de la Convención, toda vez que esta Corte se limita a constatar la existencia del grave riesgo antes referido, lo que no fue descartado por la sentencia del tribunal del Tribunal de Primera Instancia de Hedmarken, Hamar, Reino de Noruega en los antecedentes Rol N° 17-022544TVI-HEDM, ya que en sus consideraciones señala que no existe una clara probabilidad de la existencia de los abusos, sin descartarlos de manera tajante. Por estas consideraciones y los dispuesto en los artículos 14 de la Convención Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 67 de la Ley de Familia y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre la materia, se declara que se confirma la sentencia apelada de seis de diciembre de dos mil diecisiete, que rola a fojas 1 de esta carpeta, dictada en los antecedentes RIT N° C-2516-2017, RUC N° 1720392307-4, seguidos ante el Juzgado de Familia de Viña del Mar.

Redacción del Ministro señor Droppelmann.

Regístrese, comuníquese, notifíquese y archívese en la carpeta virtual. Devuélvase junto con su custodia. N° Familia-Ant-1116-2017.-

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por los Ministros Sr. Álvaro Carrasco Labra, Sra. María del Rosario Lavín Valdés y Sr. Pablo Droppelmann Cuneo.

2.- Exequátur laudos arbitrales extranjeros.

a) CS, Rol 41.841-2017 (Kion con Pesquera Villa Alegre S.A.). 26-07-2018.

Santiago, veintiséis de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos Rol 41.841-2017 de esta Corte Suprema compareció Esteban Ramírez Segura, abogado, en representación de la sociedad de responsabilidad limitada Kion, constituida bajo las leyes de la República de Ucrania y solicitó se ordene cumplir en Chile la sentencia arbitral de fecha 24 de marzo de 2016 dictada por la Corte Internacional Comercial de Arbitraje anexa a la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania que condenó a la Pesquera Villa Alegre S.A. a pagar la suma total de USD 121.572,23 por concepto de daños y perjuicios. Explica que las partes suscribieron un contrato de compraventa -incumplido por la demandada-, lo que motivó la controversia resuelta por el fallo arbitral. Dicha convención -sigue- contempla que los conflictos que puedan suscitarse se tramitarán ante la Corte Internacional Comercial de Arbitraje anexa a la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania, mediante árbitro designado por la misma, utilizando la legislación ucraniana como derecho material, especificando

además que el lugar de celebración de la audiencia es la ciudad de Kyiv, Ucrania. Refiere que el fallo en cuestión observa todas las exigencias que contempla el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, pues no es contrario a las leyes ni a la jurisdicción de la República, a lo que además que el demandado fue debidamente notificado de la acción, tal como lo consigna la misma sentencia. Por último, sostiene que la decisión se encuentra ejecutoriada conforme a las leyes del país en que se emitió, toda vez que consta que entró en vigor el 24 de marzo de 2016 y que la misma es definitiva y “está para ejecutar inmediatamente”, lo que constituye un símil a la frase “sentencia ejecutoriada” o “que cause ejecutoria”. La sociedad Pesquera Villa Alegre S.A., evacuando el traslado conferido, argumentó que en la especie no concurren los requisitos legales para ordenar cumplir la sentencia que sustenta la petición, dado que no es posible aplicar la regla del artículo 242 del Código de Procedimiento Civil en tanto entre Ucrania y Chile dado que no existen tratados que regulen la materia. Luego, tampoco existen precedentes de reciprocidad, atendido que lo buscado es el reconocimiento de un fallo arbitral civil condenatorio dictado en Ucrania y no uno que provenga de un tribunal ordinario. Tal antecedente -afirma- hace aplicable los artículos 245 y 246 del cuerpo de leyes citado. En este análisis -dice- no es posible verificar la concurrencia del requisito que contempla el numeral 3 del citado artículo 245 referido a la notificación v lida de la acción de autos, en tanto solo tomó conocimiento de ella a través de la presente solicitud. Termina señalando que tampoco es concurrente el requerimiento del artículo 246, atendido que se trata de un fallo arbitral civil que por lo mismo no proviene de la justicia ordinaria de la señalada nación, sin que conste su autenticidad y eficacia por el visto-bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario. La señora fiscal judicial en el informe de rigor fue de opinión de conceder el exequatur, atendido que en la especie, al tratarse de una sentencia arbitral en materia comercial expedida en el extranjero, la solicitud debe ser resuelta dentro del marco legal que señalan los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil como normas generales y las especiales contenidas en la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, siendo aplicable lo preceptuado en el artículo 35 de esta ley, de manera que su ejecución debe ajustarse a lo que dispone el artículo 36 de la misma. Es por ello que en esta materia se exige solamente que las sentencias sean obligatorias para las partes según el artículo 36 N° 1), letra a), apartado V de la Ley 19.971, de manera que las objeciones y alegaciones de oposición deben necesariamente circunscribirse y resolverse al tenor de las excepciones que taxativamente enumera el citado artículo.

La demandada solicitó se deniegue el reconocimiento de la sentencia arbitral al no cumplirse la exigencia del número 3 de artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que no fue válidamente notificada de la acción. Sin embargo tal afirmación es contraria a lo que el propio Laudo indica, de lo que se deriva que el inicio del procedimiento fue comunicado al interviniente en la forma que las propias partes acordaron en el contrato, antecedentes que imponen el rechazo de esta oposición. Finaliza señalando que el requerimiento del artículo 246 del cuerpo de leyes citado, que se acusa incumplido por el oponente, resulta extraño a las causales que de forma taxativa contempla el aludido artículo 36 para denegar el reconocimiento a instancia de la parte demandada.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, primeramente, estima esta Corte necesario consignar que este tipo de gestiones tienen por objeto revisar las exigencias legales y, sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida en el juicio respectivo, otorgar autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que resuelve el conflicto con la finalidad de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitir se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente.

SEGUNDO: Que en atención a lo expuesto en los respectivos escritos de esta gestión, resulta necesario consignar -para los efectos de determinar la normativa aplicable- que no cabe duda de que se está en presencia de un contrato de carácter internacional. Ello puesto que á conforme lo señalan la doctrina y la jurisprudencia, para otorgar tal naturaleza, debe estarse a la nacionalidad de las partes, su domicilio o residencia; lugar donde se desarrolla la negociación, la celebración del contrato y la ejecución de sus obligaciones e, incluso, sus aspectos posteriores, relacionados con los requisitos de los actos y sus efectos, como cualquier otro punto que vincule a las partes y les sea relevante. Sin perjuicio de lo anterior, resulta indispensable que sea posible la aplicación de distintos sistemas jurídicos, en especial por el desplazamiento de un Estado a otro para el cumplimiento de la prestación o que las partes se encuentren localizadas en el territorio de diferentes países. Se conjugan entonces tanto aspectos formales como materiales en la calificación de internacional de un negocio jurídico, siendo el de mayor importancia la concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos en la regulación de sus elementos y la competencia de sus sistemas judiciales. En este sentido la norma del artículo 1 de la Ley 19.971 ha precisado que el arbitraje es internacional en las siguientes situaciones: 1) si las partes, al momento de la celebración del compromiso, tienen sus establecimientos en diversos Estados; 2) si el lugar del arbitraje, habiéndose éste determinado en el compromiso o con arreglo al mismo, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos; 3) si el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación m s estrecha, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos, o 4) si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Con el objeto de determinar el carácter internacional del arbitraje se indica en el precepto citado que: “4) A los efectos del numeral 3) de este artículo: a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) Esta ley no afectar a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.” Luego en el caso en estudio no ha existido discusión sobre la validez de las estipulaciones del contrato de compraventa que contempla el sometimiento a una legislación extranjera, según se lee de su estipulación denominada “cláusula de arbitraje”, en que se expresa que “Todas las disputas ligadas con el presente Contrato se solucionaran por vía de negociaciones. En el caso de inacceso de un acuerdo por vía de í negociaciones, la disputa está a cargo de solucionar en la Corte de Arbitraje Comercial Internacional en la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania conforme a su reglamento. La disputa se estudia por un árbitro designado por la Corte de Apelaciones. El derecho sustantivo de Ucrania se usa para solucionar la disputa. El idioma del procedimiento judicial es ucraniano. El lugar de la ejecución de la audiencia del Corte (sic) es la ciudad de Kyiv, Ucrania”. Se divisa entonces que en la referida convención intervinieron dos sociedades de distinta nacionalidad y residencia; y en virtud del contrato de compraventa y su incumplimiento resultó obligada una sociedad chilena, que vive en el país.

A lo dicho se añade que la eficacia de las estipulaciones por las cuales las partes adscriben a la competencia de un tribunal extranjero constituye una ley para los contratantes, conforme a la posibilidad que se encuentra recogida no solo en la mencionada Ley 19.971 sino que también en el artículo 318 del Código Internacional Privado.

TERCERO: Que como corolario de lo que se viene diciendo, las normas legales que regulan la ejecución de un fallo arbitral dictado en el territorio de un Estado extranjero y cuyo cumplimiento se solicita en otro Estado distinto de aquel, como es Chile, son las contenidas en los artículos 35 y 36 de la Ley N 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional que rigen el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero; normas especiales que priman respecto de las generales y cuyos preceptos por lo demás son similares

a los establecidos en las disposiciones de la Convención de Nueva York y en la que la primera, por lo demás, se inspiró para su dictación. Los aludidos artículos estatuyen lo siguiente: “Artículo 35: Reconocimiento y ejecución. 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, ser reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, ser ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36. 2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.” “Artículo 36: Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo, o ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o b) Cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serán contrarios al orden público de Chile. 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas.”

CUARTO: Que, en consecuencia, de la lectura conjunta de la normativa transcrita cabe concluir que solo se podrá rehusar el reconocimiento y ejecución de la sentencia cualquiera sea el país en que se haya dictado, a instancia de la parte contra la cual se invoca, si ésta prueba ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución alguna de las situaciones que dicho precepto 36 refiere.

QUINTO: Que de esas situaciones que se han transcrito y que revisten el carácter de ser causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral según las normas citadas, la sociedad demandada con arreglo a los antecedentes descritos en la expositiva de este fallo ha invocado como motivos de reparo en su defensa: a) la falta de notificación del proceso incoado en su contra ante el tribunal extranjero, y b) la falta de constancia de la autenticidad y eficacia por el visto bueno de un tribunal superior ordinario del país donde se dictó el Laudo, al tenor del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: Que respecto al primer asunto, el opositor al exequatur se ha limitado a señalar sin otro argumento que no tuvo conocimiento del juicio en cuestión y con ello de las actuaciones arbitrales. Sin embargo del mérito de los antecedentes allegados al proceso por el solicitante y tal

como lo pone de relieve la señora fiscal judicial conforme a lo expresado, es posible constatar la debida notificación de la oponente a través del envío de la documentación necesaria por correo DHL; forma de comunicación que por lo demás guarda estrecha relación con aquella que las propias partes aceptaron a través de las estipulaciones contractuales. Luego, corresponde concluir que el demandado fue debidamente emplazado a través del mecanismo expresamente previsto para tal efecto en la cláusula pactada en el contrato de compraventa. Así además en la sentencia se dejó constancia de diversas actuaciones que demuestran la notificación de la pretensión de la sociedad demandante, de modo que el demandado se encontraba en conocimiento de la litis y en razón de ello y de acuerdo con las normas del procedimiento civil acordadas, debía formular su intención de defenderse, lo que en definitiva no hizo, habilitando al tribunal para resolver el litigio por sentencia en rebeldía.

SEPTIMO: Que a continuación el demandado sostiene que no se acreditó la obtención del pase regio; empero, debe precisarse que entre los requisitos a que se refiere el consabido artículo 36 Nro. 1 V de la í citada Ley N 19.971 se establece que: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución: v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo . De ello resulta que respecto de las sentencias arbitrales se exige “que sean obligatorias para las partes al momento de exigirse el cumplimiento y que ellas no hayan sido anuladas o suspendidas por un tribunal del país en que fueron dictadas”. En consecuencia, el sustrato fáctico de este acápite de la oposición no encuadra en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 36 número 1) letras a) de la aludida ley, como quiera todavía que la demandada no interpuso algún recurso -pues nada dijo al respecto- mediante el cual hubiese enervado la ejecución sea por la de decretar la suspensión de su cumplimiento o bien mediante la declaración de nulidad de sus efectos, lo que permite afirmar con certeza que ha de entenderse que se encuentra justificada su obligatoriedad para quienes han sido partes del compromiso que se ha zanjado con el laudo arbitral cuyo reconocimiento y ejecución se persigue, dictado con fecha 24 de marzo de 2016.

OCTAVO: Que lo expresado tiene su correlato en el propio tenor del numeral 2 del artículo 35° de la Ley 19.971, que establece: “La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos”. Como se aprecia, la norma transcrita obliga únicamente a lo que ella consigna, y apunta a que además del original del laudo o copia autorizada de este y original o copia certificada del mismo, se acompañen la traducción debidamente certificada de dichos documentos. Con ello, claramente se distingue entre el laudo y el acuerdo de arbitraje, como el hecho de estar redactados en el idioma oficial de Chile. Se trata de entonces de exigencias mínimas previstas por la ley justamente para no entorpecer el cumplimiento de los laudos arbitrales. En el caso de autos ambos requisitos fueron íntegramente cumplidos por el solicitante, pues tanto el laudo como el contrato que contiene la cláusula de arbitraje se encuentran redactados en idioma español, que es lengua oficial en Chile, constando además en el mismo fallo que la decisión entra en vigor el “24 de marzo de 2016, es definitivo y está para ejecutar inmediatamente”. En consecuencia, resultaba suficiente acompañar el laudo y el acuerdo de arbitraje para cumplir con las exigencias propias en la materia.

NOVENO: Que ha quedado en evidencia que tratándose de la ejecución de un laudo arbitral, conforme al tenor de la Ley 19.971, cualquiera sea el país en que este se haya dictado es reconocido como vinculante en Chile si cumple con los presupuestos que contemplan los

artículos 35 y 36 de esa normativa, los que por lo demás y como se dijo, constituyen una repetición de lo pertinente del Convenio de Nueva York y que en armonía con ello vienen a constituir una reglamentación interna más flexible. Un estatuto así concebido, como lo señalan los autores, condice con las exigencias del tráfico comercial internacional y la necesidad de una solución alternativa de las contiendas de este tipo, en que la aludida ley vino a mejorar, flexibilizar y modernizar aquella legislación contenida en nuestra codificación de antiguo, con el objeto de ponerla al día en relación a las exigencias que en la actualidad presenta dicha disciplina.

DECIMO: Que todas estas argumentaciones llevan a aceptar la eficacia del fallo cuya autorización para su cumplimiento se solicita, lo que se dispondrá accediendo a lo pedido por el representante de á la sociedad de responsabilidad limitada Kion. De conformidad a lo expuesto y disposiciones citadas, se acoge el exequatur solicitado en estos autos y, en consecuencia, se autoriza que se cumpla en Chile la sentencia condenatoria de pago de dinero, dictada el 24 de marzo de 2016 por el juez árbitro Nico Dmitriiev Anatolii Ivanovyc de la Corte Internacional Comercial de Arbitraje anexa a la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania, causa AC N° 761/2015 de la ciudad de Kyiv, que condenó a la sociedad Pesquera Villa Alegre S.A. a pagar a la sociedad de responsabilidad limitada Kion US\$ 116.222,88 por concepto de perjuicios por el contrato y la suma de US\$ 5.349,35 por concepto de gastos y derechos de arbitraje. En total, US\$ 121.572,23. El cumplimiento de la sentencia extranjera deberá solicitarse ante el tribunal civil que corresponda.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo del Ministro señor Héctor Carreño S.

Rol N° 41.841-2017.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sres. Héctor Carreño S., Guillermo Silva S., Sras. Rosa Maggi D., Rosa Egnem S., y Sr. Juan Eduardo Fuentes B. No firma la Ministra Sra. Egnem, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

***b) SCS, Rol 37.980-2017 (Schreiber Food International and Agropesca S.A.)
20-06-2018.***

Santiago, veinte de junio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

El abogado Matías Araya Varela, en representación de la sociedad comercial “Schreiber Foods International Inc.”, constituida en los Estados Unidos de América, compareció solicitando que esta Corte Suprema conceda el exequatur para dar cumplimiento en Chile a la sentencia arbitral dictada con fecha 25 de octubre de 2016 por la AFI Association of Food Industries Inc., con costas. Explica que en causa N° 2597, iniciada por Schreiber, como compradora y demandante, en contra de Agropesca S.A., como vendedora y demandada, se solicitó el pago de una indemnización por la venta de productos que llegaron al puerto de destino en malas condiciones. Los jueces árbitros James Bianco, Robert Feuertein y Jack á Hartog acogieron la demanda y ordenaron a Agropesca S.A. al pago de la suma de US \$ 98.495,00 por concepto de indemnizaciones y US \$ 200,00 por concepto de costas de arbitraje. El laudo se acompaña por el solicitante en copia debidamente legalizada, junto con su respectiva traducción. Se ordena poner en conocimiento de la petición de exequatur al representante legal de Agropesca S.A., quien fue notificado el 7 de diciembre de 2017 en la forma prevista en el artículo 44 del Código

de Procedimiento Civil. El Fiscal Judicial Subrogante de esta Corte informó favorablemente la referida solicitud. Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, antes de entrar al fondo de la cuestión sub lite, es dable precisar que el exequatur consiste en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y, sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitir se la pueda cumplir á mediante el procedimiento y ante el tribunal competente.

SEGUNDO: Que enseguida conviene consignar que la presente solicitud, por incidir en el cumplimiento de sentencias dictadas en el marco de un procedimiento arbitral internacional, seguido en los Estados Unidos de América, en principio habrá de sujetarse en cuanto a su resolución n a lo estatuido en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, y de manera supletoria por las normas contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Que el artículo 35 de la Ley 19.971 señala en el numeral 1) que “Un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya í dictado, ser reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.” Ahora bien, en la especie la sentencia cuyo cumplimiento se solicita cumple con las exigencias formales y de autenticidad previstas en el numeral 2 del citado artículo 35, tal como lo ratifica en su informe el Fiscal Judicial Subrogante de esa Corte. La demandada, por su parte, no ha formulado oposición a la solicitud de exequatur, ya que no compareció para contestar el traslado que se le confirió. No obstante ello, corresponde a esta Corte verificar si concurre en la especie alguna de las causales o motivos para denegar el reconocimiento o ejecución, previstos en el artículo 36 de la Ley 19.971.

CUARTO: Que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver dentro de este materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y ante el tribunal que pueda conocer de la misma. Ello es así porque la finalidad del procedimiento de exequatur de acuerdo con í el principio de la “regularidad internacional de los fallos” es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de í manera alguna constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto.

QUINTO: Que del análisis de los antecedentes acompañado aparece que la demandada Agropesca S.A. se sometió voluntariamente al arbitraje, ya que en la orden de compra se estipuló una cláusula arbitral por la que se pactaba que cualquier controversia o reclamación que pudiese surgir con ocasión del contrato será resuelta mediante arbitraje en Nueva York por la Association of Food Industries Inc., en conformidad con sus reglas. También es posible advertir que Agropesca S.A. fue notificada de la constitución del arbitraje y su demanda, pero que dicho litigante prefirió no contestar la demanda deducida en su contra ni comparecer a la audiencia de rigor, de manera que no estuvo impedido de hacer valer su derecho a defensa y voluntariamente optó por mantenerse en rebeldía.

SEXTO: Que tampoco se visualiza alguna infracción a las normas de derecho interno sobre la competencia ni sobre jueces árbitros, como á tampoco resulta efectivo que la demandada haya sido juzgada por una comisión especial, sino que lo ha sido por un tribunal arbitral según

lo previamente pactado en el contrato que liga a las partes y, además, el laudo se refiere a una controversia prevista en el acuerdo de arbitraje.

SEPTIMO: Que lo expuesto en los razonamientos que anteceden llevan a aceptar la eficacia del fallo cuya autorización para su cumplimiento se solicita, pues el laudo en cuestión no contraviene el orden público chileno ya que fue dictado en un procedimiento racional y justo, en el que la demandada Agropesca S.A. pudo hacer valer sus derechos. En conclusión, al no configurarse causal alguna para denegar el reconocimiento del fallo arbitral, se dispondrá accediendo a la petición de exequatur. De conformidad a lo expuesto, disposiciones citadas y lo dispuesto en los artículos 35 y siguientes de la Ley 19.971, se resuelve que: Se concede el exequatur solicitado por el abogado Matías Araya Varela en representación de Schreiber Foods International Inc. y, en consecuencia, se autoriza dar cumplimiento en Chile a la sentencia arbitral dictada con fecha 25 de octubre de 2016 por los árbitros James Bianco, Robert Feuerstein y Jack Hartog, en el juicio arbitral N° 259 seguido ante la AFI Association of Food Industries Inc., en los Estados Unidos de América, entre Schreiber Foods International Inc. y Agropesca S.A. El cumplimiento de dichas sentencias deberá solicitarse ante el Juzgado Civil que corresponda.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo del Ministro señor Guillermo Silva G.

Rol N° 37.980-2017.-

3.- Exequatur sentencias civiles

a) CS, Rol 12.146-2018 (declaratoria de heredero). Mendez Monroy Fernando y otro. 01-08-2018.

Santiago, uno de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos rol N° 12146-2018 Fernando Agustín Méndez Monroy, como mandatario y en representación de Agustín Segundo Méndez Ferrufino, solicita se conceda el exequatur y se declare que puede cumplirse en todas sus partes la sentencia Declaratoria de Heredero dictada el 14 de noviembre de 2013 por el Juzgado Público en lo Civil y Comercial Décimo Cuarto de la Capital, distrito judicial de Cochabamba, Bolivia, la que establece como heredero universal de todos los bienes quedados al fallecimiento de Flora Ferrufino Muñoz a su hijo Agustín Segundo Méndez Ferrufino, por cuanto uno de los bienes inmuebles contenido en dicho instrumento se encuentra ubicado en la ciudad de Santiago de Chile. Fundamenta su solicitud en los artículos 242, 243 y 245 del Código de Procedimiento Civil y manifiesta que la aludida sentencia cumple con todas las exigencias que prevé la última norma citada para su cumplimiento en Chile, ya que no contiene nada contrario a las leyes de la República, no se opone a la jurisdicción nacional y está ejecutoriada de conformidad a las leyes del país donde se pronunció. Solicita se conceda el exequatur y se ordene que se cumpla en Chile la sentencia referida, disponiendo se practiquen las inscripciones correspondientes. La señora Fiscal Judicial, informando, expresa que Chile y Bolivia suscribieron y ratificaron la Convención de Derecho Internacional Privado, que puso en vigor el Código de Derecho Internacional Privado cuyo título oficial es Código Bustamante, sin embargo nuestro país aprobó, ratificó y promulgó la mencionada Convención, con la reserva que “ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la

legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros. De esta manera, las reglas de los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil deben prevalecer sobre las contenidas en los artículos 423 y siguientes del Código Bustamante. Expone que la resolución que se pide autorizar corresponde al auto de posesión efectiva a que se refiere el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado Público en lo Civil y Comercial Décimo Cuarto de la Capital, Distrito Judicial de Cochabamba, Bolivia, declaró que por el fallecimiento de doña Flora Ferrufino Muñoz le sucede en carácter de heredero abintestato y forzoso su hijo Agustín Segundo Méndez Ruffino, salvándose los derechos de terceros que acrediten tener igual o mejor derecho. Agrega que en sus considerandos, la referida sentencia, señala que se acreditó que la causante falleció el 15 de junio de 2007 en la localidad de Cochabamba, Bolivia; que contrajo matrimonio con Agustín Méndez Méndez, de cuya unión nació su hijo Agustín Segundo Méndez Ruffino, en virtud de lo cual cumple con los requisitos del N° 1 del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. Menciona que la referida resolución satisface también los requisitos establecidos en los números 2 y 4 del artículo 245 del Código citado, atendido que el Tribunal boliviano era competente para conocer de la causa, por haber fallecido la causante en Bolivia; y que la resolución materia de esta solicitud se trata de un auto que establece derechos permanentes en favor de las partes, conforme a la disposición del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil. En relación a los bienes situados en Chile da cuenta de lo que disponen los artículos 16 del Código Civil, 27 de la Ley N° 16.271 y 149 del Código Orgánico de Tribunales. Estima la señora Fiscal Judicial que de lo anteriormente expuesto se deduce que la resolución del tribunal boliviano tiene valor en cuanto se reconoce la calidad de heredero del compareciente. Por lo razonado y por reunirse los requisitos legales, es de opinión que se conceda el exequatur para cumplir en Chile la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado Público en lo Civil y Comercial Décimo Cuarto de la Capital, Distrito Judicial de Cochabamba, Bolivia, que declaró heredero abintestato y heredero forzoso a Agustín Segundo Méndez Ruffino al fallecimiento de su madre Flora Ferrufino Muñoz. Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la resolución cuyo exequatur se solicita declara que por el fallecimiento de Flora Ferrufino Muñoz le sucede, en carácter de heredero abintestato y forzoso, su hijo Agustín Segundo Méndez Ruffino.

SEGUNDO: Que Chile y Bolivia suscribieron y ratificaron la Convención de Derecho Internacional Privado, que puso en vigor el Código de Derecho Internacional Privado cuyo título oficial es Código Bustamante, con la reserva efectuada por Chile que “ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”, siendo por tanto necesario aplicar el sistema establecido en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Que, conforme a la norma citada, para que la resolución de un tribunal extranjero pueda cumplirse en Chile es necesario que ella no contenga nada contrario a las leyes de la República y que no se oponga a la jurisdicción nacional.

CUARTO: Que el artículo 16 del Código Civil, en su inciso primero, establece que “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.” Este precepto debe concordarse con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que dispone: “Cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su

último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiera tenido.” Por su parte, el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales repite esta exigencia al señalar: “Cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiera é tenido.”

QUINTO: Que el artículo 688 del Código Civil dispone: “En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por solo el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1 La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva; el primero ante el conservador de bienes raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, y la segunda en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas; (y continúan otros incisos que no es necesario transcribir aquí).”

SEXTO: Que la normativa citada, como puede apreciarse, deja entregado exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales chilenos decidir sobre el otorgamiento de la posesión efectiva de una sucesión que comprenda bienes situados en Chile, situación fáctica que fue manifestada por el solicitante.

SEPTIMO: Que, por otra parte, en los términos antes consignados, la resolución del Juzgado Público en lo Civil y Comercial Décimo Cuarto de la Capital, Distrito Judicial de Cochabamba Bolivia que se pretende cumplir en estos antecedentes, para los efectos de que se pueda requerir la inscripción de la posesión efectiva de la herencia abintestato, no se opone a la jurisdicción chilena.

OCTAVO: Que, así las cosas, procede disponer que se practique la inscripción correspondiente de la sentencia antes referida en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, conforme a lo dispuesto en los artículos 688 del Código Civil, 13 de la Ley 19.903 y 31 y siguientes del Reglamento sobre tramitación de posesiones efectivas intestadas. Y de conformidad con lo expuesto, lo dictaminado por la señora Fiscal Judicial, disposiciones legales citadas y lo establecido en los artículos 249 y 251 del Código de Procedimiento Civil, artículo 688 del Código Civil, artículo 13 de la Ley 19.903, artículo 31 y siguientes del Reglamento sobre tramitación de posesiones efectivas intestadas, Registro Nacional de Posesiones Efectivas y artículos 877 a 884 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que:

A.- Se hace lugar al exequatur solicitado en la petición principal de la presentación de veintinueve de mayo en curso y se autoriza que se cumpla en Chile la sentencia que reconoció el carácter de heredero abintestato y forzoso a don Agustín Segundo Méndez Rufino respecto de su madre Flora Ferrufino Muñoz, para los efectos de proceder a la inscripción de la sentencia de 14 de noviembre de 2013 en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas.

B.- El cumplimiento de la sentencia extranjera deber solicitarse ante el Tribunal que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 251 del Código de Procedimiento Civil, 688 del Código Civil, 13 de la Ley 19.903 y 31 y siguientes del Reglamento sobre tramitación de posesiones efectivas intestadas, Registro Nacional de Posesiones Efectivas.

Regístrese y archívese. Rol N° 12.146-2018.

4.- Sucesiones internacionales

a) Causa Rol C-1086-2017 (3° Juzgado de Letras de Iquique). 15-06-2018.

Iquique, quince de Junio de dos mil dieciocho.

VISTO:

En folio 1, comparece don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, abogado domiciliado en calle Nogales N°73, San Bernardo, Región Metropolitana, y en Avenida Costanera N°96, Departamento N°1.001 de esta ciudad, por sí, en calidad de cesionario, y en representación de don Sidney Moskowitz, estadounidense, casado, empresario, domiciliado en Gran Street N°504, Departamento C-22, de la ciudad y estado de Nueva York, Estados Unidos de América; de doña Pearl Moskowitz, estadounidense, casada siendo su último domicilio el ubicado en Avenida Costanera N°96, Departamento N°1.001, de esta ciudad, quien pereció intestado, y sin ascendencia o descendencia. Agrega que por resolución exenta N°1.242, de 22 de diciembre de 2013, inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, bajo el N°640 del año 2014, el Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación de Iquique, resolvió que el heredero del antes aludido era el Fisco de Chile, no obstante que doña Pearl y don Sidney, ambos Moskowitz, son herederos de mejor derecho, al ser sobrinos del causante, hijos de quien fuera su hermana. Agrega que los referidos herederos cedieron parte de sus derechos hereditarios a don Renato Andrés Parada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada, don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, doña Alice Joseph y don Sidney Joseph. Indica que don David Josef nació en Checoslovaquia, hoy República de Ucrania, siendo hijo de don Sholomon Yozef y de doña Perl o Prishka Yozef o Liberman, naciendo en Verjnyj Koropets, siendo su hermana doña Sura o Sara Yozef, quien nació el 25 de marzo de 1924, en el mismo pueblo, quien luego aparece como Serene o Sarah Joseph, casándose con don William Moskowitz, falleciendo luego ambos, teniendo como hijos a doña Pearl Moskowitz -sobrina del causante- y don Sidney Moskowitz, añadiendo que el parentesco queda claro con un informe en derecho de 3 de marzo de 2017, confeccionado por don Jorge Reveco Urzúa.

Afirma que los sobrinos del causante, el 22 de julio de 2015 cedieron el 50% de sus derechos hereditarios respecto de su tío y de su madre, a don Renato Andrés Parada Arriagada, y éste, el 23 de diciembre de 2015, cedió un tercio de dicha cuota a don Alejandro Balbino Parada Arriagada, y a don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño. Además, don Sidney y doña Pearl, ambos Moskowitz, cedieron a don Sidney Joseph y a doña Alice Joseph, el 25 de febrero de 2016, el 50% de los derechos de los cuales eran titulares respecto de las herencias de su tío y madre. Sostiene que en la sentencia judicial de la causa Rol 216-2016, del Primer Juzgado Civil de Concepción, se dictaminó que los referidos eran herederos del causante.

Esgrimiendo el artículo 1264 del Código Civil, solicita que se declare a sí mismo y a sus representados como herederos de mejor derechos que el Fisco de Chile, ordenando al Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación de Iquique que deje sin efecto la Resolución Exenta N°1.242, de 22 de diciembre de 2013, e inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas bajo el N°640 del año 2014, por la que se concedió la posesión efectiva de don David Josef al Fisco de Chile, eliminando a éste último, ordenando instituir como los legítimos herederos a don Sidney y doña Pearl Moskowitz, y a los cesionarios de éstos, don Sidney y doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño. Ordenar al Conservador de Bienes Raíces de Iquique que modifique la Inscripción Especial de Herencia de fojas 308, número 508 del Registro de Propiedad del 2014, dejando establecido que los dueños que ampara dicha inscripción son los demandantes y no el Fisco de Chile, debiendo éste último

restituir todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, corporales como incorporeales, tangible e intangibles, de los que se haya apropiado, invocando la calidad de heredero de la cual carece. En folio 22, comparece don Héctor Marcelo Faine Cabezón, Procurador Fiscal de Iquique, del Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile, contestando la demanda, solicitando su rechazo, con costas. Indica que entre las peticiones realizadas por la parte demandante, se encuentra que se deje sin efecto la Resolución N°1242/22.12.2013 del Registro Civil e Identificación, el cual no es representado por el servicio, además que la actora inició con anterioridad dos causas voluntarias, la primera, la V-47-2016 del Segundo Juzgado de Letras de Iquique, en la cual intentó modificar la resolución antes señalada en el sentido de eliminar al Fisco de Chile, e incorporar a su parte en la posesión efectiva, declarándose inadmisibles por improcedente el 15 de abril de 2016. Luego, en la V-216-2016 del Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, el 22 de septiembre de 2016 los actores iniciaron una gestión de petición de posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de doña Prishka o Perl Yozef o Liberman o Sura o Sara Yozef o Sarah o Serene Woskowitz, hermana del causante sub lite, la que fue desestimada por sentencia definitiva de 27 de febrero de 2017, añadiendo que los demandantes en presentación de 5 de enero de 2017, señalaron que la referida era hermana de don David Josef, y que sólo poseía legalmente la herencia de éste, quien falleció intestado en Chile, estimando que era necesario primero pedir su posesión efectiva para poder solicitar luego la de don David Josef, para lo cual debían acreditar que eran herederos legales de la primera, añadiendo la demandada que no probaron tal circunstancia, y que hacen constar los referidos dichos para efectos de una eventual infracción a la Doctrina de los Actos Propios.

Luego, controvierte los hechos, haciendo presente que de conformidad al artículo 1267 del Código Civil, su representada se encuentra de buena fe. Esgrime que la acción de autos es improcedente, por cuanto el Fisco de Chile obtuvo la posesión efectiva de don David Josef, cédula de identidad para extranjeros N° 8.729.231-2, estadounidense, soltero, quien nació el 29 de abril de 1928, y falleció a los 83 años, el 29 de febrero de 2012, a las 07:24 horas en la Clínica Iquique S.A. por una falla multiorgánica, sepsis y bronconeumonía, siendo su último domicilio el ubicado en Avenida Costanera N°96, Departamento N°1.001, piso N°10, Edificio Ticnamar II, Iquique. Agrega que la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Tarapacá tomó conocimiento por una denuncia de herencia vacante, de conformidad al artículo 42 D.L. N°1.939 del año 1977 y artículo 995 del Código Civil, procediendo a realizar la pertinente investigación administrativa a fin de determinar la existencia de herederos de mejor derecho, de alguna posesión efectiva, testamento, acervo hereditario, y la conveniencia a los intereses fiscales, estableciéndose con el Ordinario N°116 de 8 de febrero de 2013 del Servicio de Registro Civil e Identificación, que no habían antecedentes de matrimonio, hijos u otro pariente, por lo que se tramitó la posesión efectiva por la entidad, otorgándose la misma al Fisco de Chile por Resolución N°1.242 de 22 de diciembre de 2013, respecto del inmueble ubicado en Avenida Costanera, N°96, Departamento N°1.001, piso n°10, Edificio Ticnamar II, de esta ciudad, la cual fue modificada en los valores mobiliarios el 4 de febrero de 2016. Hace presente que de conformidad al artículo 6 de la Ley N°19.903, la posesión efectiva se otorgará a todos los que tengan la calidad de herederos, según los antecedentes del Registro Civil e Identificación, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud, y que en la actualidad, el inmueble se encuentra inscrito a nombre de su representada a fojas 308, número 508 del Registro de Propiedad de Conservador de Bienes Raíces de Iquique del año 2014. Afirmo que no concurren los requisitos de la acción, contenidos en el artículo 1264 del Código Civil, y que la parte demandante carece de legitimación activa, por cuanto, todos los derechos que invocan provienen de la supuesta calidad de hijos de don Sidney y doña Pearl, ambos Moskowitz, de doña Prishka o Perl Yozef o Liberman, o Sura o Sara Yozef o Sarah o Serene Moskowitz, siendo sus derechos de origen extranjero, por lo que deben probarlos, haciendo presente que de la documentación aportada con la demanda, se evidencia que la acción se ha ejercido

peticionándose la herencia de don Yozef Devid Leyb, persona distinta de don David Josef, respecto del cual se solicitó por el Fisco de Chile la posesión efectiva, haciendo presente que además éste último nació el 29 de abril de 1928, es decir un año después de aquél respecto del cual se pide la herencia.

Indica que tratándose de la determinación del parentesco y estado civil, se rige por la ley del país en que se origina, constituye o adquiere, debiendo demostrarse la ley extranjera que le confiere al demandante la calidad de pariente del causante, y los hechos o actos que habilitan para originar dicha condición o adquirirla de algún modo, haciéndolo extensivo a los actos o contratos celebrados fuera del país, como las cesiones de derechos hereditarios esgrimidas por los actores. Añade que además deberán comprobar que doña Prishka o Perl Yozef o Liberman o Sura o Sara Yozef o Sarah o Serene Woskowitz son una misma persona. Añade que a la luz de la doctrina de los actos propios, es inadmisibles para los demandantes la reiteración de los argumentos de la demanda, por cuanto en la causa V-216-2016 afirmó la necesidad de contar con la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de doña Prishka o Perl Yozef o Liberman o Sura o Sara Yozef o Sarah o Serene Woskowitz, para acceder a la de don David Josef. Concluye que el vínculo de parentesco y la validez en Chile de las cesiones de autos, no pueden ser establecidos, estimando impertinente el informe en derecho agregado por los demandantes, por tratarse de un tercero ajeno. Afirma que el Fisco de Chile es heredero de don David Josef, de conformidad al artículo 983 del Código Civil, quien realizó todos los trámites legales de la Ley N°19.903, concediéndole la posesión efectiva, mediante la Resolución N°1242/22.12.2013, del Registro Civil e Identificación, la que goza de presunción de legalidad y validez, conforme el artículo 3 inciso final de la Ley N°19.880, agregando que respecto de don Josef Devid Leyb, no se ha tramitado posesión efectiva. En subsidio, opone la excepción de no empecer la eventual sentencia de término que se dicte, indicando que en Santiago se sigue la causa “Daspit con Fisco de Chile”, Rol N°28.915-2014, del 23° Juzgado de Letras en lo Civil de dicha ciudad, tramitándose una acción de petición de herencia, pero por distintos actores, la cual resultó gananciosa, por lo que el Fisco de Chile ingresó un recurso de apelación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en la causal Rol Civil 14.544-2016, en la cual compareció los actores de marras, por lo que si confirma dicha decisión, estos autos perderán todo valor, ya que la herencia no estaría en patrimonio fiscal. En conclusión, solicita el rechazo de la demanda, con costas.

En folio 24, los demandantes evacuaron la réplica, ratificando su demanda, indicando que concurren los presupuestos de la acción de petición de herencia. Agrega que se deberá considerar de mala fe a la demandada desde la notificación de la demanda, disponiendo la cancelación de las inscripciones a que hubiere dado lugar la posesión efectiva de la herencia a favor del Fisco de Chile, ordenando las que correspondan, a favor de los actores. En cuanto a alguna contravención a la doctrina de los actos propios, sostiene que en la causa V-216-2016, el juez rechazó la solicitud por incompetencia, al no haberse acreditado la existencia de bienes en Chile, sin que la correspondiente sentencia se encuentre disponible en la página web del poder judicial, siendo el derecho a la tutela judicial, una garantía constitucional a su favor. Añade que no concurren los requisitos establecidos por la Corte Suprema para configurar la doctrina de los actos propios.

Finalmente, solicitan los frutos y acrecimiento de las especies que compongan la masa hereditaria de autos, considerando de mala fe a Fisco de Chile desde la notificación de la demanda. En folio 26, comparece la demandada, evacuando la réplica, dando por reproducidos los argumentos de su contestación, agregando que los actores en la causa V-216-2016, no lograron acreditar su calidad de herederos de doña Sarah Woskowitz o Sarah Joseph, por lo que menos podrían hacerlo respecto del causante sub lite. En folio 32, se recibe la causa a prueba, modificada en folio 40. En folio 68, se citó a las partes a oír sentencia.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, a lo principal de folio 1, comparece don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, abogado por sí, en calidad de cesionario, y en representación de don Sidney Moskowitz, doña Pearl Moskowitz, don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada y don Alejandro Balbino Parada Arriagada, deduciendo demanda de petición de herencia en contra del Fisco de Chile, representado por el Procurador Fiscal de Iquique, don Héctor Marcelo Faine Cabezón, por lo reseñado en lo expositivo, solicita que se declare a sí mismo y a sus representados como herederos de mejor derecho que el Fisco de Chile, ordenando al Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación de Iquique que deje sin efecto la Resolución Exenta N°1.242, de 22 de diciembre de 2013, e inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas bajo el N°640 del año 2014, por la que se concedió la posesión efectiva de don David Josef al Fisco de Chile, eliminando a éste último, ordenando instituir como los legítimos herederos a don Sidney y doña Pearl Moskowitz, y a los cesionarios de éstos, don Sidney y doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño; y ordenar al Conservador de Bienes Raíces de Iquique que modifique la Inscripción Especial de Herencia de fojas 308, número 508 del Registro de Propiedad del 2014, dejando establecido que los dueños que ampara dicha inscripción son los demandantes y no el Fisco de Chile, debiendo éste último restituir todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, corporales como incorporeales, tangible e intangibles, de los que se haya apropiados, invocando la calidad de heredero de la cual carece.

SEGUNDO: Que en folio 22, comparece don Héctor Marcelo Faine Cabezón, Procurador Fiscal de Iquique, del Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile, contestando la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

TERCERO: Que para demostrar la efectividad de los hechos que fundan su demanda, los actores rindieron la siguiente prueba: a. Documental: Guardados en custodia N°828-2017, y en copias simples en folio 4, los siguientes documentos:

1. Certificado de Defunción de don David Josef, de 21 de agosto de 2015, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
2. Certificado de Primera Filiación de don David Josef, de 3 de febrero de 2015, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
3. Copia autorizada de protocolización de certificado de Nacimiento de Yozef Devid Leyb, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
4. Copia autorizada de protocolización de certificado de defunción de doña Yozef Prishka, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
5. Copia autorizada de protocolización de certificado de defunción de don Yozef Sholomon, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
6. Copia autorizada de protocolización de certificado de Nacimiento de doña Yozef Sura, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
7. Copia autorizada de protocolización de certificado de Matrimonio de don William Moskowitz y doña Serene Joseph, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
8. Copia autorizada de protocolización de certificado de defunción de don William Moskowitz, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
9. Copia autorizada de protocolización de certificado de defunción de doña Sarah Moskowitz, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

10. Copia autorizada de protocolización de certificado de Nacimiento de doña Pearl Moskowitz, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
11. Copia autorizada de protocolización certificado de nacimiento de don Sidney Moskowitz, de 11 de enero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
12. Informe pericial, de 3 de marzo de 2017, confeccionado por don Ricardo Reveco Urzúa, abogado, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
13. Copia autorizada de certificado de protocolización de cesión de derechos hereditarios de don Sidney Moskowitz y Otra a Renato Andrés Parada Arriagada, del 21 de enero de 2016, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
14. Copia autorizada de certificado de protocolización de cesión de derechos hereditarios de don Sidney Moskowitz y Otra de 21 de enero de 2016, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
15. Inscripción Especial de Herencia, de fojas 308, número 508 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Iquique, del 2014, a nombre del Fisco de Chile, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
16. Certificado de protocolización de mandato especial de 21 de enero de 2016, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
17. Escritura pública de Mandato Judicial y Delegación de Mandato Judicial, de 23 de agosto de 2016, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
18. Copia de escritura pública de cesión de derechos de 25 de febrero de 2016, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
19. Copia de escritura pública de cesión de derechos hereditarios de 23 de diciembre de 2015, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
20. Escritura pública de Mandato Judicial de 23 de agosto de 2016, instrumento público agregado con citación, no impugnado. Guardados en custodia N°68-2018, se encuentran los siguientes documentos:
 21. Copia simple de protocolización de traducción del ucraniano de certificado de archivo de acta de matrimonio de 5 de septiembre de 2017, existiendo una segunda copia en folio 47, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
 22. Certificado de vigencia de poder notarial general, de 18 de abril del 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
 23. Copia simple de certificado del colegio de Traductores e Intérpretes de Chile A.G., de 10 de agosto de 2017, instrumento privado agregado con citación, no impugnado.
 24. Copia autorizada de Documento denominado "Certificate of naturalization", instrumento privado agregado con citación, no impugnado.
25. Copia autorizada de Resolución Exenta N°349, de 2 de agosto de 1985 del Ministerio del Interior, y expediente de solicitud de permanencia definitiva compuesto de 24 carillas de documentos, instrumentos públicos agregados con citación, no impugnados.
26. Copia autorizada de Resolución Exenta N°2083, de 3 de mayo de 2006, del Ministerio del Interior, que se compone de 10 carillas, instrumento público agregado con citación, no impugnado.
27. Informe pericial confeccionado por don Francisco Javier Larenas Vega, cuya copia simple rolan en folio 47, instrumento privado agregado con citación, no impugnado. En folio 3 del cuaderno de excepciones dilatorias:

28. Copias simples de cartas dirigidas al Presidente del Consejo de Defensa del Estado, de 7 y 13 de abril de 2017, instrumento privado agregado con citación, no impugnados.

29. Copia simple de certificado de vigencia de poder notarial general de 18 de abril de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

30. Copias simples de escritos presentados en la causa Rol Corte 14544-2016 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 12 y 18 de abril de 2017, respectivamente y sus proveídos, instrumentos públicos agregados con citación, no impugnados.

b. Testimonial

En folio 46:

1. Comparece don Joaquín Rojas, quien legalmente examinado, sin tachas, expone que conoce a David Josef.

2. Concorre don Jorge Winston Vargas Martínez, quien legalmente examinado, sin tachas expone que conoció a don David Josef por su trabajo de abogado particular, que desempeña en el Departamento N°702 del Edificio Ticnamar, quien le parece que era extranjero, al parecer de Checoslovaquia, luego norteamericano, con actividades comerciales en Zofri, llegando de Brasil, siendo el dueño del departamento N°1001, quién en su oportunidad le señaló que estaba de cumpleaños el mismo mes que Carabineros de Chile, y que había nacido en el año 1027, siendo un año mayor que la madre del deponente nacida en 1928, agregando que tenía familia en Estados Unidos, hermanas y sobrinas cuyos nombres desconocía. Añade que el aludido falleció en febrero de 2012.

CUARTO: Que la demandada para acreditar sus defensas, acompañó las siguientes pruebas:

a. Documental:

En folio 15, los siguientes en copia simple:

1. Sentencia dictada en la causa Rol 28.915-2014 del 23° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

2. Sentencia de la causa V-216-2016 del Primer Juzgado de Letras de Concepción, de 27 de febrero de 2017, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

3. Presentación de la causa V-216-2016 del Primer Juzgado de Letras de Concepción, instrumento público agregado con citación, no impugnado. 4. Presentación y su respectivo proveído, de la causa Rol 14.544-2016, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

En folio 43, los siguientes en copia simple:

5. Solicitud de rectificación de resolución administrativa, y sentencia que la resuelve de 15 de abril de 2016, de la causa V-47- 2016 del 2° Juzgado de Letras en lo Civil de Iquique, instrumentos públicos agregados con citación, no impugnados.

6. Solicitud de posesión efectiva, presentación y sentencia de la causa V-216-2016 del 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, instrumentos públicos agregados con citación, no impugnados.

7. Dictamen N°045.834/21.06.2016 de la Contraloría General de la República, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

8. Presentación de 2 de septiembre de 2015 efectuada por doña Ana Arce Díaz, representada por su abogado don Carlos Vera Campos, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

9. Ord. N°815/26.04.2016 del Gobernador Provincial de Iquique dirigido al Seremi de Bienes Nacionales de Tarapacá, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

10. Resolución Exenta N°1242/22.12.2013 del Director Regional de Tarapacá del Registro Civil e Identificación, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

11. Certificado de posesión efectiva N°640/2014, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

b. Otros:

1. En folio 50, oficio N°J038697/2017, de la Contraloría General de la República, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

2. En folio 53, Ord. N°6-2018, de 3 de enero de 2018 del Servicio de Registro Civil e Identificación, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

3. En folio 63, Oficio N°124/2018, de 19 de enero de 2018, del Conservador de Bienes Raíces de Iquique, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

4. En folio 1 del cuaderno de excepciones dilatorias, se tuvo a la vista la causa V-2016-2016 del Primer Juzgado de Letras de Concepción, extrayéndose el expediente desde el sistema informático Sitci, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

5. En folio 5 del cuaderno de excepciones dilatorias, se tuvo a la vista la causa Rol N°28.915-2014, caratulado “Daspit con Fisco de Chile”, del 23°Juzgado Civil de Santiago, extrayéndose el expediente desde el sistema informático Sitci, instrumento público agregado con citación, no impugnado.

QUINTO: Que como medida para mejor resolver, se agregó en folio 73, informe pericial confeccionado por don Diego Mejías Larraín, perito judicial en Derecho Internacional Privado y Público y traductor, quien expone que el estado de Nueva York aplica en materia sucesoria la “Ley de Sucesiones, Poderes y Fideicomisos” o “Estates, Powers and Trusts Laws”, regulándose en el artículo 4 los órdenes sucesorios bajo el título “Causante y la Distribución de la Propiedad Intestada”, siendo relevante la primera sección, titulada “Causante y la distribución de sus bienes”, la cual dispone en lo útil, que la propiedad de un causante no dispuesta a través de testamento se distribuirá si es sobrevivido por su descendencia, sin cónyuge, por éstos, heredando todo por representación. Concluye que quienes deben suceder bajo la Ley de Nueva York, en el caso de que los grados de parentesco con el causante David Josef se encuentren acreditados, doña Pearl y don Sidney, ambos de apellido Moskowitz, sobrinos del causante, y los cesionarios de éstos.

SEXTO: Que previamente resulta necesario resolver la alegación de la demandada de falta de legitimación activa fundada en que la documentación aportada con la demanda, se evidencia que la acción se ha ejercido peticionándose la herencia de don Yozef Devid Leyb, persona distinta de don David Josef, respecto del cual se solicitó por el Fisco de Chile la posesión efectiva; al efecto, se debe consignar que para que exista una relación jurídica procesal válida que termine con una sentencia definitiva, se requiere de la concurrencia de los presupuestos procesales formales y los de fondo o materiales, dentro de los cuales interesa referirse a la legitimación para obrar, que constituye una condición fundamental para obtener la sentencia, y se ha definido como la facultad que tiene una persona, para afirmar e invocar, en la demanda, ser titular de un determinado derecho subjetivo material (legitimación activa) e imputar la obligación a otra (legitimación pasiva). La legitimación, no consiste en la existencia del derecho y de la obligación que será debatido como asunto de fondo, sino simplemente en la afirmación que realiza el actor. Así, se ha definido la legitimación, como “el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto y el objeto mismo”.

Así las cosas, los hechos en que se funda la falta de legitimación activa pretenden atacar el primero de los presupuestos de la acción deducida, a saber, la calidad de herederos de los actores, siendo suficiente legitimación la afirmación que los demandantes realizan de ser herederos de mejor derecho que el Fisco de Chile, respecto de don David Josef, por lo que solicitan que se les reconozca la referida calidad, y se devuelvan los bienes que componen el acervo hereditario respectivo; derecho para cuyo ejercicio se encuentran legitimados, de conformidad al artículo 1264 del Código Civil, que dispone: “El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños”, en consecuencia, gozan de legitimidad activa para comparecer en autos, por lo que la excepción esgrimida será rechazada.

SÉPTIMO: Que la parte demandante impetra la acción de petición de herencia en contra del Fisco de Chile, por gozar de mejor derecho para suceder a don David Josef; primeramente se debe tener presente que del artículo 1264 del Código Civil se desprende que la llamada acción de petición de herencia es aquella que compete a un heredero para obtener el reconocimiento de su derecho a la universalidad jurídica de la herencia o a una parte de ella y a la consiguiente restitución de los bienes que la componen, herencia que se encuentra en posesión de otra persona que la detenta asilándose también en la calidad de heredero. Los presupuestos para que prospere esta acción son dos:

- a) la calidad de heredero del causante por parte de quien ejerce a acción; y
- b) la posesión del haz hereditario por el demandado, el cual invoca también para ello el título de heredero, que no le corresponde. La prueba de ambas condiciones son carga del actor.

OCTAVO: Que en cuanto al primero de los requisitos, el Fisco de Chile reclama que la documental no acredita el vínculo de filiación o parentesco en que se sostiene la acción y la validez en Chile de las cesiones de derecho, además de tratarse el causante de una persona distinta de aquella respecto de la cual el Fisco obtuvo la posesión efectiva; para resolver la materia que nos convoca es necesario fijar el alcance de la norma contenida en el artículo 955 del Código Civil, que dispone: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales”.

La regla legal en comento se encuentra inserta entre las disposiciones comprendidas en el Libro Tercero del Código Civil, denominado “Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”, cuyo Título I, contiene las definiciones y reglas generales, todo lo cual se circunscribe en el derecho sucesorio, es decir aquél que pauta la sucesión intestada y testada, los llamados a ella, la ordenación, revocación y reforma del testamento, entre otros, y en general, todo lo que se relacione con las obligaciones, derechos y acciones que de dichas instituciones pueden derivarse, las que se ordenarán según la legislación del último domicilio del causante –lugar en que se abre la sucesión.

NOVENO: Que escapan al marco normativo de aplicación del artículo 955 del Código Civil, otros aspectos o materias distintas a las reglas sucesorias, como lo son aquellas que determinan la condición jurídica personal de las personas naturales que la ley llama a suceder, y que los habilita para ejercer sus derechos de herederos en razón del estado civil o parentesco, respecto del causante. Los hechos constitutivos y originarios de una u otra condición jurídica no se reglan por el derecho sucesorio, toda vez que el estado civil, cualquiera que sea su fuente, es un atributo intrínseco e inherente a toda persona, siendo el parentesco un efecto propio de éste que se rige por leyes distintas a las anteriores citadas.

DÉCIMO: Que determinado que el estado civil o parentesco no se rige por la ley del último domicilio del causante, corresponde establecer la legislación aplicable, para lo cual se debe

recurrir a las disposiciones que consagran el principio de territorialidad de la ley contenido en el artículo 14 del Código Civil, según el cual la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes del territorio de la República, incluso los extranjeros, domiciliados o transeúntes, aplicable a todo lo relativo a la persona y sus atributos, a los bienes situados en Chile y a los actos o contratos ejecutados o celebrados dentro de la República. De lo anterior se colige, que la ley chilena, en general, no obliga a las personas que habitan en país extranjero, aunque sean chilenos, a menos que se trate de algunos de los casos de excepción del artículo 15 del referido cuerpo legal, las que son aplicables a nacionales de nuestro país, que tengan su residencia o domicilio en el extranjero, en lo que atañe al estado civil y capacidad para ejecutar actos que tengan efecto en Chile, y de los derechos y obligaciones derivadas de las relaciones de familia.

En consecuencia, nuestra legislación acoge el sistema de determinación del parentesco y del estado civil de las personas mediante la aplicación de la ley del correspondiente país en que se origina, constituye o adquiere, por lo que tratándose de una sucesión abierta en Chile, de un causante y parientes extranjeros, como ocurre en la especie, el establecimiento del estado civil y del parentesco de los supuestos herederos, se regla por la ley del lugar donde acontece el hecho que lo configura, por cuanto, es un principio universalmente aceptado que el estado de las personas y sus consecuencias forman parte del estatuto personal correspondiente, por lo que se deberá comprobar, conforme tales preceptos si el presunto heredero tenía o no con el causante, el vínculo de parentesco que lo hace heredero, debiendo acreditarse la ley extranjera respectiva, así como las circunstancias que lo fundan, criterio sostenido por la Primera Sala de la Corte Suprema en la causa Rol N°1062-03.

UNDÉCIMO: Que, para acreditar la ley extranjera que habría conferido a los demandantes y cedentes la condición de parientes del causante, fueron acompañados al proceso sendos informes en derecho, guardados en las custodias N°828-2017 y 68-2018 que apreciados de conformidad al artículo 426 del Código Procedimiento Civil, en relación al 1712 del Código Civil, permiten tener por establecido que las relaciones de familia de la ciudad de Mukachevo, en los años de nacimiento de los referidos se encontraban regidas por el Código Civil Austríaco del año 1811, en cuyo libro primero, título primero, denominado “Derecho de las Personas”, subtítulo primero “De los derechos, que se refieren a las características y circunstancias personales”, dispone su artículo 41 que los grados de parentesco entre dos personas se cuentan por el número de generaciones, dependiendo de la relación que exista entre ellos en la línea recta, y en la colateral, respecto del ancestro común más próximo. La línea y el grado de parentesco de una persona con un cónyuge, equivale a la línea y al grado de afinidad que se tiene con el otro cónyuge”. Por otra parte en cuanto al valor probatorio de las partidas de nacimiento, conforme la legislación vigente en Ucrania, el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil de Ucrania señala que los documentos oficiales que contengan información para un determinado caso serán considerados como prueba escrita, la que deberá ser apreciada según la convicción interna del sentenciador, sin que exista un valor preestablecido.

DUODÉCIMO: Que como se viene diciendo el estado civil o parentesco conforme a la ley extranjera se debe probar con las partidas de nacimiento; al efecto, apreciadas las protocolizaciones de certificados guardados en custodia N°828-2017, se establecen los siguiente hechos:

1. Que el 25 de marzo de 1924, en Verjnyy Koropets del distrito de Mukachevo nació doña Yozef Sura, cuyos padres eran don Yozef Sholomon y doña Liberman Perl, inscripción N°41, de 2 de abril de 1924, documento emitido por el archivo estatal de la Región de Transcarpatia, Ucrania, en idioma ucraniano, traducido por doña Nadiia Vasylenko, quien hace presente que la transliteración de los nombres y apellidos al castellano se hizo del instrumento en ucraniano que a su vez se hizo del checo, por lo que pueden haber diferencias en la escrituras de los nombres y apellidos.

2. Que el 29 de abril de 1927, en Verjny Koropets del distrito de Mukachevo nació don Yozef Devid Leyb, cuyos padres eran don Yozef Sholomon y doña Liberman Perl, inscripción N°74, de 6 de mayo de 1927, documento emitido por el archivo estatal de la Región de Transcarpatia, Ucrania, en idioma ucraniano, traducido por doña Nadiia Vasylichenko, quien hace presente que la transliteración de los nombres y apellidos al castellano se hizo del instrumento en ucraniano que a su vez se hizo del checo, por lo que pueden haber diferencias en la escrituras de los nombres y apellidos.

3. Que el 20 de junio de 1933 murió doña Yozef Prishka, siendo su esposo don Yozef Sholomon, documento emitido por el archivo estatal de la Región de Transcarpatia, Ucrania, en idioma ucraniano, traducido por doña Nadiia Vasylichenko, quien hace presente que la transliteración de los nombres y apellidos al castellano se hizo del instrumento en ucraniano que a su vez se hizo del checo, por lo que pueden haber diferencias en la escrituras de los nombres y apellidos.

4. Que el 24 de noviembre de 1935 murió don Yozef Sholomon.

DÉCIMO TERCERO: Que de los hechos establecidos en el motivo anterior se colige que don David Josef y doña Yozef Sura detentaban el estado civil de hermanos, lo que no resulta desvirtuado por la mera alegación del Fisco de Chile que en el certificado de nacimiento respectivo se denomina a don David Josef como Yozef Devid Leyb, con años de nacimiento distintos -1927 y 1928-, por cuanto la coincidencia en la identidad de los padres, y el lugar natal, permite concluir que se trata de la misma persona, a lo que se abona la advertencia de doña Nadiia Vasylichenko, traductora del certificado de nacimiento, respecto de que la transliteración de los nombres y apellidos al castellano se hizo del instrumento en ucraniano, que a su vez se hizo del checo, por lo que podrían haber diferencias en la escrituras de los nombres y apellidos, como ocurre en la especie.

DÉCIMO CUARTO: Que, siguiendo con el análisis de la legislación extranjera, apreciados los informes de derecho guardados en las custodias N°828-2017 y 68-2018 de conformidad al artículo 426 del Código Procedimiento Civil, en relación al 1712 del Código Civil emanan presunciones graves, precisas y concordantes que permiten tener por establecido que las relaciones de familia del Estado de Nueva York, a la época del nacimiento de Pearl Moskowitz y Sidney Moskowitz, se encontraban reguladas por la Ley de Relaciones Domésticas, cuya sección 24, párrafo primero, establece que el efecto del matrimonio en la legitimidad de los hijos, consiste en que aquél nacido, antes o después de la dictación de la ley, de padres que antes o después del nacimiento hayan contraído matrimonio civil o religioso, o un “Common Law Marriage”, en un lugar donde se reconozca como válido, en la forma autorizada por la ley del lugar donde tal matrimonio se celebre, es el legítimo hijo de ambos padres, aunque el matrimonio sea nulo o anulable, o haya sido o sea anulado o declarado judicialmente nulo y que la sección 4103 de la Ley de Salud Pública en relación a la sección N°4520 y 4526 de las Leyes y Reglas de la Práctica Civil del Estado de Nueva York establecen que los certificados de nacimiento o matrimonio de un registro local constituirá prueba prima facie, que equivale a plena prueba.

DÉCIMO QUINTO: Que, apreciadas las protocolizaciones de certificados y actas guardados en custodia N°828-2017, en relación a las cesiones de derechos custodiadas en el mismo registro, la copia de la resolución exenta N°549, en conjunto a los antecedentes que la sustentaron, guardados en custodia N°68-2018, y al oficio del registro civil de folio 53, se establecen los siguiente hechos: I. Que el 12 de junio de 1947, don William Moskowitz, nacido el 17 de enero de 1920 en Checoslovaquia, y doña Serene Joseph, nacida el 25 de marzo de 1924, en Checoslovaquia, siendo sus padres don Solomon y doña Pearl Lieberman, contrajeron matrimonio en Nueva York, distrito de Manhattan. II. Que el 16 de junio de 1948, nació doña Pearl Moskowitz, en la ciudad de Nueva York, siendo sus padres don William Moskowitz y doña Sarah Joseph, ambos de Checoslovaquia. III. Que el 3 de junio de 1954, nació don Sidney Moskowitz, en la ciudad de Nueva York, siendo sus padres don William Moskowitz,

y doña Sara Joseph, ambos de Checoslovaquia. IV. Que el 15 de abril de 2009, don William Moskowitz falleció en la ciudad de Nueva York, Distrito de Manhattan, a los 89 años de edad, sobreviviéndole su cónyuge, doña Sara Josef. V. Que el 29 de febrero de 2012, don David Josef falleció en la ciudad de Iquique, soltero, y sin ascendencia ni descendencia. VI. Que el 14 de noviembre de 2012, falleció doña Sarah Moskowitz en la ciudad de Nueva York, Distrito de Manhattan, a los 88 años, viuda, nacida el 25 de marzo de 1924, en Checoslovaquia, siendo sus padres, don Solomon Joseph y doña Pearl Liebman. VII. Que el 22 de diciembre de 2013, por resolución exenta N°1.242, se concedió la posesión efectiva intestada de don David Josef al Fisco de Chile, la cual es modificada ampliándose los bienes que componen la masa hereditaria respectiva. VIII. Que el 22 de julio de 2015, don Sidney Moskowitz o Sidney Moskowitz Joseph y doña Pearl Cohen o Pearl Moskowitz o Pearl Moskowitz Joseph, vendieron, cedieron y transfirieron a don Renato Andrés Parada Arriagada el 50% de todas las acciones, derechos, cuota hereditaria y calidad de herederos, que le corresponda o pueda corresponderles en las herencias quedadas al fallecimiento de don David Josef y de doña Sarah Joseph o Sara Josef o Sarah Moskowitz, celebrando dicho acto ante doña Gladys Saez Maldonado, Ministro de Fe Pública del Consulado General de Chile en Nueva York IX. Que el 25 de febrero de 2016, don Renato Andrés Parada Arriagada, en representación convencional de don Sidney Moskowitz y doña Pearl Moskowitz cedió a don Sidney Joseph y a doña Alice Joseph, por partes iguales, la mitad de las acciones y derechos de la cuota hereditaria y de la calidad de heredero, quedados luego de la cesión del punto anterior, respecto de las herencias quedadas al fallecimiento de don David Josef y de doña Sarah Joseph o Sara Josef o Sarah Moskowitz. X. Que el 23 de diciembre de 2015, don Renato Andrés Parada Arriagada, vendió, cedió y transfirió a don Alejandro Balbino Parada Arriagada y a don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, un tercio de las acciones, derechos, cuota hereditaria y calidad de heredero que le corresponda o pueda corresponderle en las herencias quedadas al fallecimiento de don David Josef y de doña Sarah Joseph o Sara Josef o Sarah Moskowitz.

DÉCIMO SEXTO: Que, como se viene diciendo, el 12 de junio de 1947, doña Sura Yozef, y don William Moskowitz, contrajeron matrimonio en Nueva York, distrito de Manhattan, naciendo de tal relación, en dicho lugar, el 16 de junio de 1948, doña Pearl Moskowitz, y el 5 de junio de 1954, don Sidney Moskowitz; sin que dicho hecho resulte alterado por la circunstancia de que en la prueba documental allegada al proceso, en ciertos documentos doña Sura Jozef aparezca como Serene Joseph o Sara (h) Joseph o Moskowitz, por cuanto resulta palmario que se trata de la misma persona, al coincidir el nombre de los progenitores de ésta, así como la fecha y lugar de nacimiento, por lo demás, las variaciones responden a las distintas traducciones que se realizan, teniendo presente que se trata de un nombre originalmente en Checo, luego en ucraniano, y finalmente en inglés, como hace presente doña Nadiia Vasylenko, traductora del certificado de nacimiento de la referida, quien advierte que la transliteración de los nombres y apellidos podrían tener diferencias en la escrituración. En consecuencia, doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz, detentan el estado civil de hijos de filiación matrimonial de doña Sura Yozef, también llamada Serene Joseph o Sara (h) Joseph y don William Moskowitz.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que establecido que don David Josef y doña Yozef Sura detentaban el estado civil de hermanos y que don David Josef falleció primero el 29 de febrero de 2012, soltero, sin ascendencia ni descendencia, recibe aplicación el orden sucesorio recogido en la norma del artículo 990 del Código Civil, que dispone: “Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos”, de lo que se colige que doña Yozef Sura era heredera de don David Josef, desde la delación de la herencia que se produjo al momento de fallecer el causante, adquiriendo tal calidad ipso iure, aun cuando lo ignore, de acuerdo al artículo 956 del Código Civil, y con ello, también la posesión de la herencia, de conformidad al artículo 722 inciso 1° del mismo cuerpo legal, quedando claramente establecido que éstos no deben cumplir ninguna formalidad, ni efectuar alguna gestión, trámite o declaración de aceptación para tenerlos como tales. Así, la resolución que concede la posesión efectiva de

la herencia no ha sido establecida para dar la calidad de heredero a quien la solicita, criterio sostenido por la Primera Sala de la Excm. Corte Suprema en la causa Rol 10.619-11 y la Iltma. Corte de Apelaciones de esta ciudad, en la causa Rol 144-2010.

DÉCIMO OCTAVO: Que, por otra parte, determinado el estado civil de hijos de filiación matrimonial de doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz, respecto de doña Sura Yozef, quien falleció el 14 de noviembre de 2012, en el Estado de Nueva York, corresponde determinar si éstos detentan la calidad de herederos del causante; para resolver, se debe consignar que habiendo fallecido la referida en el Estado de Nueva York, siendo éste su último domicilio, su sucesión se abrió en dicho lugar, y se regla por la legislación de Nueva York. Así, apreciado el informe pericial de folio 72, de conformidad a las reglas de la sana crítica, es posible tener por establecido que en el estado de Nueva York, la materia sucesoria se regla por la “Ley de Sucesiones, Poderes y Fideicomisos” o “Estates, Powers and Trusts Laws”, en cuyo artículo 4, titulado “Causante y la Distribución de la Propiedad Intestada”, primera sección, denominada “Causante y la distribución de sus bienes”, dispone que la propiedad de un causante no dispuesta a través de testamento, se distribuirá entre su descendencia, si es sobrevivido sólo por ésta, sin existir cónyuge, heredando todo por representación. En consecuencia, tratándose de una herencia otorgada al Fisco de Chile, resulta palmario que doña Sura Yozef no pudo disponer de ésta a través de un testamento, sobretodo, por cuanto la legislación aplicable de Nueva York no contiene la hipótesis de existencia de bienes desconocidos para el causante al momento de su muerte, por lo que los herederos de la referida son doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz.

DÉCIMO NOVENO: Que, establecida la calidad de herederos de doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz, respecto de doña Sura Yozef, se colige que adquirieron por sucesión causa muerte la herencia dejada por ésta, quien no habiendo aceptado ni repudiado la masa hereditaria quedada al fallecimiento de don David Josef, y dada la acción impetrada, que implica una aceptación de las asignaciones respectivas por los referidas, resulta concluyente que adquirieron por derecho de transmisión la misma, atento al artículo 957 del Código Civil, que dispone: “Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite” En consecuencia, doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz son herederos por transmisión de don David Josef, de mejor derecho que el Fisco de Chile, quien concurrió en el quinto orden sucesorio, contenido en el artículo 995 del Código Civil, configurándose de esta manera el primer presupuesto de la pretensión deducida.

VIGÉSIMO: Que en cuanto a la calidad de herederos de don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, conforme se estableció en el motivo décimo cuarto, los dos primeros, el 22 de julio de 2015, vendieron, cedieron y transfirieron a don Renato Andrés Parada Arriagada el 50% de sus derechos hereditarios en la sucesión de don David Josef y de doña Sarah Josef, celebrando dicho acto ante doña Gladys Saez Maldonado, Ministro de Fe Pública del Consulado General de Chile en Nueva York, organismo cuyas principales funciones, en lo que nos atañe, consisten en proteger en el país receptor los derechos e intereses del Estado de Chile y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional y actuar en calidad de notario y de ministro de Fe pública, todo ello, de conformidad al artículo 3 del Decreto N°172 de 1977, que sustituye el Reglamento Consular; de esta manera, resulta concluyente que los Consulados de Chile en el extranjero, representan a nuestro Estado en las materias civiles en que intercedan, como es la inscripción de un hijo, entrega de pasaportes, o la cesión de derechos hereditarios como ocurre en la especie, sujetándose para dichos efectos a las normas de Chile, y no a las del Estado

receptor que se trate. En consecuencia, la cesión en comento es válida, así como las originadas a raíz de ésta a favor de don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, a la luz de los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, lo que llevará al rechazo de la alegación del Fisco sobre la necesidad de acreditar la legalidad de los referidos actos. A mayor abundamiento, en la eventualidad de estimarse que a las cesiones sub lite se les aplica el derecho de Nueva York, igualmente tal alegación no podría prosperar, por cuanto del mérito del informe pericial de folio 72, apreciado según las reglas de la sana crítica, permite tener por establecido que conforme dicha legislación, los cesionarios de autos detentan la calidad de herederos de don David Josef, de lo que fluye la validez de éstas conforme dicho ordenamiento. Así, don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño son herederos de don David Josef por cesión realizada por doña Pearl y don Sidney ambos de apellido Moskowitz, concurriendo el primer requisito de la acción intentada, respecto de éstos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en cuanto al segundo requisito, habiéndose establecido que el Fisco de Chile, el 22 de diciembre de 2013, por resolución exenta N°1.242, obtuvo la posesión efectiva intestada de don David Josef, permite tener por suficientemente acreditado que la demandada tiene la posesión del haz hereditario, configurándose la segunda exigencia de la demanda.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, concurriendo los requisitos de la acción de petición de herencia, se acogerá, teniéndose por herederos de don David Josef a doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz por derecho de transmisión, a don Renato Andrés Parada Arriagada, don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y a don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, como cesionarios de doña Pearl Moskowitz y don Sidney Moskowitz, y se ordenará al Fisco de Chile, restituir la herencia respectiva.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en cuanto a los frutos y acrecimientos solicitados en la réplica por los demandantes, serán desestimados, por cuanto de conformidad al artículo 312 del Código Procedimiento Civil, en dicho trámite las partes pueden: “ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito”, norma que concede facultades limitadas a los litigantes, así, las ampliaciones consisten en formular nuevas razones o argumentos para reforzar o cimentar mejor las pretensiones y defensas de la demanda y contestación, sin salirse de lo que ya han expresado; las adiciones, se refieren a añadir nuevos argumentos no expresados anteriormente; y, las modificaciones, implica limitar, determinar, restringir o reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitación, todo ello sin cambiar la esencia o la forma de dichas acciones o excepciones, en consecuencia, las facultades concedidas a las partes son taxativas y restrictivas, no encontrándose autorizadas para que formulen en tales presentaciones nuevas acciones o excepciones de las que contienen la demanda y la contestación, como lo son los frutos y acrecimientos peticionados, los cuales forman parte de la institución de las prestaciones mutuas, a las que las partes puedan encontrarse obligadas, criterio sostenido por la Primera Sala de la Excm. Corte Suprema en la causa Rol N°8607-2012, de dos de octubre de dos mil trece.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en cuanto a la defensa sustentada en una infracción a los actos propios por los demandantes, se debe consignar que la Corte Suprema reconoce la citada doctrina y ha señalado: “(...) que nuestro sistema normativo no establece una regulación específica en relación a la teoría de los actos propios, la cual, sin embargo, ha adquirido amplia acogida durante los últimos tiempos en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia, donde se la reconoce como un criterio orientador derivado del principio general de la buena fe concebida ésta en su faz objetiva -a la que se refiere el artículo 1546 inciso 3° del Código Civil- cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que, por consiguiente,

obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Agregando que: “tropiezan con la conocida doctrina de los hechos propios, principio general del derecho que precisa que nadie puede obrar en contra de sus anteriores actuaciones creadoras de una relación o situación de derecho que se han comprometido a respetar, de manera que en modo alguno sus consecuencias jurídicas pueden ser modificadas o extinguidas (...) obrando así en contra de la buena fe que debe presidir el cumplimiento de obligaciones válidamente contraídas”.

VIGÉSIMO QUINTO: Que la doctrina tiene aplicación subsidiaria o residual, si es posible resolver el litigio con normas establecidas por el ordenamiento jurídico, la invocación es incorrecta y del todo innecesaria, pues el ordenamiento jurídico obliga al juez a fallar de acuerdo con las normas jurídicas que previamente el legislador ha establecido como solución; así es como en el presente caso se deben aplicar las normas sucesorias reguladas en el Código de Bello para resolver el litigio en cuestión y determinar quién tiene la calidad de heredero del causante, siendo improcedente recurrir a los actos propios, al no cumplirse su carácter residual.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, respecto de la alegación subsidiaria de no empecer la eventual sentencia de término, será desestimada, toda que en la causa “Daspit con Fisco de Chile”, Rol N°28.915-2014, del 23° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, la ltma. Corte de Apelaciones respectiva, acogió el recurso de apelación deducido por el Fisco de Chile, substanciado en la causa Rol Civil N°14.544-2016, en contra de la sentencia de primera instancia que acogió la acción de petición de herencia intentada en su contra, revocando la misma, y rechazando la demanda, resolución que se encuentra firme y ejecutoriada, manteniéndose como heredero a ente estatal.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que la restante prueba aportada, en nada altera los razonamientos precedentes. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 144, 160, 170 y 341 del Código de Procedimiento Civil, 1689 del Código Civil, SE DECLARA:

- I. Que SE ACOGE la demanda de acción de petición de herencia deducida a lo principal de folio 1, por don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, abogado por sí, en calidad de cesionario, y en representación de don Sidney Moskowitz, doña Pearl Moskowitz, don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada y don Alejandro Balbino Parada Arriagada, en contra del Fisco de Chile, representado por el Procurador Fiscal de Iquique, don Héctor Marcelo Faine Cabezón, declarándose que la herencia quedada al fallecimiento de don David Josef pertenece a don Sidney y doña Pearl Moskowitz, y a los cesionarios de éstos, don Sidney y doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño y se ordena a la demandada la restitución de los bienes hereditarios que componen el haz hereditario.
- II. Que se deja sin efecto la resolución exenta N°1.242, de 22 de diciembre de 2013 dictada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, inscrita bajo el N°640 del 2014 del Registro Nacional de Posesiones Efectivas, debiendo concederse a nombre de don Sidney Moskowitz, doña Pearl Moskowitz, don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño en calidad de herederos.
- III. Que se ordena la cancelación de la inscripción especial de herencia de fojas 308, número 508 del Registro de Propiedad del año 2014 del Conservador de Bienes Raíces de Iquique respecto del Departamento N°1.001, del décimo piso del Edificio Ticnamar II de esta ciudad, debiendo practicarse a favor de don Sidney Moskowitz, doña Pearl Moskowitz, don Sidney Joseph, doña Alice Joseph, don Renato Andrés Parada Arriagada, don Alejandro Balbino Parada Arriagada y don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño. IV. Que no se

condena en costas a la parte demandada por tener motivo plausible para litigar. Regístrese y notifíquese por cédula.

Rol N°1086-2017

Dictada por doña KAROLA AGURTO CORDONÉS, Juez Titular del Tercer Juzgado de Iquique. Autoriza don Horacio Andrade Aguilante, Secretario Titular.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Iquique, quince de Junio de dos mil dieciocho**

b) Causa Rol C-20.878-2015 (10° Juzgado Civil de Santiago). 08-05-2018.

Santiago, ocho de Mayo de dos mil dieciocho.

VISTO:

Que a fojas 1 se presenta Doña María Angélica Vargas Pérez, domiciliada en calle Santa Lucía 256 oficina 2A, comuna de Santiago en representación de doña Elizabeth Esperanza Paredes Saavedra, ingeniero, domiciliada en 404 Pinehurst Ave. Tampa Bay, Estados Unidos y deduce Explica que el testamento se otorgó de conformidad a la legislación de Estados Unidos de Norteamérica, siendo válido en Chile conforme lo dispuesto en el artículo 1027 del Código Civil. Sostiene que el causante dejó bienes situados en Chile, siendo aplicable la legislación chilena, conforme a las reglas generales de derecho civil, específicamente artículo 15 y 16 de Código Civil. Añade que con fecha 11 de Enero de 2012, se interpuso ante el Décimo Quinto Juzgado Civil de Santiago la causa rol V-18-2012, solicitud de posesión de efectiva por la herencia testada de don Luis Alberto Paredes Lambert, procedimiento en el cual se ordena el oficio al Servicio de Registro Civil e identificación, donde consta que el causante de autos tiene más legitimados que su mujer, entre los cuales figuran:

- 1) Alejandro Eloy Paredes Díaz, Run 4.617.452-6 (Hijo).
- 2) Elizabeth Esperanza Paredes Saavedra, Run 9.007.763-5 (Hija).
- 3) Alexis Alfonso Paredes Saavedra, Run 11.741.706-9 (Hijo).
- 4) Iván Luis Paredes Saavedra, Run 11.741.705-0 (Hijo).
- 5) Yvonne Ninette Paredes Saavedra, Run 12.080.573-8 (Hijo).
- 6) Luis Eugenio Paredes González, Run 5.661.663-2 (Hijo).
- 7) Alejandro Amador Paredes Díaz, Run 5.543.244-9 (Hijo).
- 8) Luis Alejandro Paredes Silva, Run 8576748-8 (Nieto).
- 9) Rosa Elizabeth Paredes Silva, Run 8.611.752-5 (Nieto).

Describe que respecto de los dos últimos representan a su padre, Luis Apolo Paredes Díaz, fallecido el día 13 de Febrero de 1966. Continúa señalando que en aquella oportunidad, se solicita otorgar tal declaración a favor de doña Emilia de las Mercedes Saavedra Díaz, cónyuge sobreviviente, con quien celebró matrimonio plenamente vigente a la fecha de su fallecimiento. Enfatiza en que al haber testado sólo para su cónyuge sobreviviente omitiendo a sus hijos y nietos a quienes la ley chilena les reconoce su calidad de asignatarios forzosos, no procede si no solicitar esta acción de reforma de testamento a fin de que se respete la legítima rigurosa consagrada en la legislación, a favor de la sucesión conformada por los hijos y nietos omitidos en el trámite anterior, el cual fue finalmente fue rechazado de plano.

Cita el artículo 16 y 955 del Código Civil y el artículo 15 del mismo cuerpo legal señalando que si fallece un chileno teniendo su último domicilio en el extranjero, como en el caso de autos, los parientes chilenos tienen en esa sucesión que se va a regir por la ley extranjera los derechos que les otorgan la ley patria. En efecto, los chilenos, no obstante su residencia en el extranjero, quedan sujetos a la ley chilena respecto de los derechos y obligaciones civiles de su cónyuge y

parientes de igual nacionalidad. Analiza que en relación a lo dispuesto en los artículos 1216 y siguientes del cuerpo legal antes citado, en su título VI, numeral segundo, resulta forzosamente la reforma del testamento válidamente celebrado en el extranjero con fecha 15 de Diciembre del año 2010, siendo debidamente protocolizado e inscrito en el registro nacional de testamento, no constando su revocación.

Es por lo anteriormente expuesto, que solicita se tenga por interpuesta la demanda de reforma de testamento, acogerla y en definitiva declarar la reforma del testamento otorgado con fecha 15 de Diciembre de 2010, protocolizado con fecha 13 de Diciembre de 2011 en el sentido que se declare que dicho testamento no se ajusta a Derecho, ordenando que la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras corresponden a sus herederos legales. A fojas 35, se tuvo por evacuado el trámite de contestación en rebeldía de la parte demandada A fojas 36, rola la réplica, donde la actora ratifica todo lo expuesto en la demanda. A fojas 39, se tuvo por evacuado el trámite de duplica y se llamó a las partes a conciliación, la que no se produjo atendida la rebeldía de la demandada conforme consta en comparendo de conciliación que rola a fojas 41. A fojas 42, se recibió la causa a prueba. A fojas 153, se citó a las partes para oír sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, de acuerdo a la expositiva precedente, la demandante, en su calidad de legitimaria, acciona de reforma del testamento otorgado por su difunto padre por haberse vulnerado el haz hereditario al dejar fuera del testamento a sus hijos y nietos, instituyendo como heredera Universal a su cónyuge sobreviviente doña Emilia Saavedra Paredes.

SEGUNDO: Que, la demandada se mantuvo rebelde durante toda la sustanciación del juicio.

TERCERO: Que, conforme a lo prevenido en el artículo 1.216 del Código Civil, los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios. Luego, el artículo 1.217 del referido cuerpo legal, establece que, en general, lo que por ley corresponde a los legitimarios y lo que tienen derecho a reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigorosa, o la efectiva en su caso. Por consiguiente, la acción de reforma del testamento es un medio que la ley ha establecido a favor de los legitimarios, cuyo objeto directo es que estos puedan defender la integridad de la mitad legitimaria y de la cuarta de mejoras, esto es, de las asignaciones forzosas que les corresponden, en todos aquellos casos en que el testamento las haya vulnerado.

Así, la acción de reforma de testamento puede ejercerse no solo para exigir una porción de la mitad legitimaria, sino también para reclamar lo que corresponda al legitimario dentro de la cuarta de mejoras, sea porque el causante lo haya hecho expresamente beneficiario de mejora, o bien porque no haya dispuesto de esta porción de bienes. Mediante la acción de reforma del testamento, la ley se sobrepone a la voluntad arbitraria del causante y da a los herederos lo que justamente les corresponde. Por eso, se dice que la acción de reforma es una simple consecuencia del carácter legal de las legítimas, y que, al igual que la preterición, la acción de reforma del testamento significa una suplencia de las legítimas que hace el legislador cuando el causante no las ha efectuado; la acción de reforma es un efecto de que las legítimas, en cuanto asignaciones forzosas, primen por sobre la voluntad del causante. Por consiguiente, lo que esta acción persigue es sólo modificar las disposiciones del testamento que perjudiquen a los legitimarios en sus asignaciones forzosas y ello permite aprovechar todas las disposiciones del causante que sean conformes a derecho, y rectificar aquello en que se hayan desconocido los derechos de los legitimarios. En otras palabras, y de manera más general, cabe decir que la acción de reforma del testamento procede contra todas las infracciones cometidas por el testador contra la ley que rige las legítimas, cualquiera sea su especie. (Revista Chilena de

Derecho, volumen 34 año 2007, Jorge Ugarte Vial, Protección de la legítima contra los legados de cuerpo cierto).

CUARTO: Que, entonces, los supuestos de la acción entablada dicen relación con que la actora justifique su calidad de legitimaria y que con las disposiciones testamentarias se han vulnerado sus legítimas.

QUINTO: Que a su turno, y habiendo el testador, otorgado testamento en país extranjero teniendo bienes situados en Chile, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil, en orden a que los chilenos no obstante su domicilio o residencia en país extranjero siguen ligados a las leyes patrias en sus obligaciones que nacen de las relaciones de familia respecto de su cónyuge y parientes chilenos y el artículo 16 del mismo cuerpo normativo dispone que los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas.

SEXTO: Con el objeto de justificar su pretensión la demandante acompañó en forma legal, sin que fueren objetados de contrario los siguientes documentos:

1. Copia autorizada de protocolización de fecha 13 de diciembre de 2011 efectuada en la Notaría de Santiago de doña Antonieta Mendoza Escalas, bajo el repertorio N° 10.091/2011 que contiene: el testamento otorgado por don Luis Alberto Paredes Lambert, extendido en inglés y traducido al español; certificado de defunción de don Luis Alberto Paredes Lambert, otorgado en inglés con traducción al español con firmas autorizadas ante Notario Público y legalizados ante el consulado general de Chile en Miami, Florida, Estados Unidos de América y en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.
2. Certificado de nacimiento de don Alejandro Eloy Paredes Díaz, RUT. 4.617.452-6.
3. Certificado de nacimiento de doña Elizabeth Esperanza Paredes Saavedra, RUT. 9.007.763-5.
4. Certificado de nacimiento de don Alexis Alfonso Paredes Saavedra, RUT. 11.741.706-9.
5. Certificado de nacimiento de don Iván Luis Paredes Saavedra, RUT. 11.741.705-0.
6. Certificado de nacimiento de doña Yvonne Ninette Paredes Saavedra, RUT. 11.348.135-8.
7. Certificado de nacimiento de don Luis Eugenio Paredes González, RUT. 5.661.663-2.
8. Certificado de nacimiento de don Alejandro Amador Paredes Díaz, RUT. 5.543.244-
9. Certificado de nacimiento de don Luis Alejandro Paredes Silva, RUT. 8.576.748-8.
10. Certificado de nacimiento de doña Rosa Elizabeth Paredes Silva, RUT. 8.611.752-5.
11. Certificado de dominio vigente otorgado por el Conservador de Bienes raíces de Valparaíso de propiedad inscrita a fojas 433, número 813 del año 1997.
12. Certificado de dominio vigente otorgado por el Conservador de Bienes raíces de Santiago de propiedad inscrita a fojas 5949, número 8043 del año 1985.
13. Certificado de dominio vigente otorgado por el Conservador de Bienes raíces de Santiago de propiedad inscrita a fojas 2397, número 2357 del año 1993.
14. Certificado de dominio vigente otorgado por el Conservador de Bienes raíces de Santiago de propiedad inscrita a fojas 18056, número 24318 del año 1985.
15. Copia de expediente voluntario sobre solicitud de posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de don Luis Alberto Paredes Lambert, en el que aparece como solicitante doña Emilia de Las Mercedes Saavedra Díaz, Rol V-18-2012 del 15° Juzgado Civil de Santiago de fecha 13 de Enero de 2012.

SEPTIMO: Que asimismo solicita la citación de la parte demandada a absolver posiciones, diligencia a la que se lleva a efecto bajo el apercibimiento contenido en el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil, teniéndola por confesa de los hechos categóricamente afirmados en el pliego de posiciones acompañado y rolante a fojas 150 y siguientes.

OCTAVO: Que, por disponerlo así el artículo 1.167 del Código Civil, asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas; así constituyen asignaciones forzosas

las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. De acuerdo al artículo 1.181 del referido cuerpo legal, la legítima es aquella cuota de bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarias; los legitimarios son por consiguiente herederos; y en lo que nos importa, son legitimarios los hijos personalmente o representados por su descendencia y el cónyuge sobreviviente (artículo 1.182 del Código Civil).

Luego, al tenor del artículo 1.184 del Código Civil, la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresa, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que le cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa; la masa de bienes referida se dividirá en cuatro partes, dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sea o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio. Ahora bien, se llama legítima efectiva la legítima rigorosa aumentada con toda aquella porción de los bienes que el testador ha podido disponer a título de mejoras, para el caso que nos ocupa (artículo 1.191 del Código Civil).

NOVENO: Que, entonces, conforme a los antecedentes probatorios indicados en el motivo cuarto que antecede, a los que se les dará valor de plena prueba como quiera que no existe probanza en contrario a su respecto, se desprende que efectivamente, la demandante Elizabeth Esperanza Paredes Saavedra, Alejandro Eloy Paredes Díaz, Alexis Alfonso Paredes Saavedra, Iván Luis Paredes Saavedra, Yvonne Ninette Paredes Saavedra, Luis Eugenio Paredes González, Alejandro Amador Paredes Díaz, Luis Alejandro Paredes Silva, Rosa Elizabeth Paredes Silva, son, además de la demandada Emilia de las Mercedes Saavedra Díaz son legitimarios de don Luis Alfonso Paredes Lambert, fallecido el 08 de enero de 2011, en sus calidades de hijos, nietos y cónyuge respectivamente; que el referido causante dispuso en su testamento como única heredera a su cónyuge sobreviviente doña Emilia de Las Mercedes Saavedra Díaz.

DECIMO: Que en ese orden de ideas, de seguirse estrictamente la disposición testamentaria del causante se vulneraría las legítimas rigurosas a que tienen derecho sus hijos y nietos, que por representación suceden de su padre Luis Apolo Paredes Díaz.

UNDECIMO: Que sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1069 del Código Civil dispone que sobre las reglas dadas acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Agregando que, para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido. Dicho lo anterior y conforme el tenor del testamento cuya reforma se pretende, efectivamente puede leerse la voluntad del causante en orden a mejorar (en este caso, más allá de lo legalmente permitido) a su cónyuge, por lo que si bien se accederá a la reforma de testamento incoada, se dejará subsistente la manifestación clara de voluntad de mejorar a su cónyuge tanto con la asignación de la cuarta de mejoras como la referente a la cuarta de libre disposición.

DECIMO SEGUNDO: Que, la restante prueba aportada en nada altera lo razonado precedentemente.

DECIMO TERCERO : Que, atendido lo dispuesto por el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, no se condena en costas a la demandada, por estimar el tribunal que tuvo motivo plausible para litigar. Por estas consideraciones y visto lo prevenido en los artículos 304, 305, 951, 952, 953, 955, 956, 959, 980, 983, 999, 1.014, 1.056, 1.066, 1.069, 1.079, 1.167, 1.181, 1.182, 1.183, 1.184, 1.185, 1.191, 1.193, 1.194, 1.196, 1.20161.217, 1.445, , 1.460, 1.698, 1.699, 1.700, 1.706 y 1.725 del Código Civil; 144, 169, 170, 341, 342, 346 y 425 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que, SE HACE LUGAR a la demanda de reforma de testamento deducida a lo principal de fojas 1 solo en cuanto, se declara que el testamento otorgado por el causante don Luis Alfonso Paredes Lambert de fecha 15 de diciembre de 2010, no se ajusta a derecho por haber excluido de la sucesión a sus heredero forzosos, Elizabeth Esperanza Paredes Saavedra , Alejandro Eloy Paredes Díaz, Alexis Alfonso Paredes Saavedra, Iván Luis Paredes Saavedra, Yvonne Ninette Paredes Saavedra, Luis Eugenio Paredes González, Alejandro Amador Paredes Díaz, Luis Alejandro Paredes Silva, Rosa Elizabeth Paredes Silva, quienes detentan la calidad de legitimarios por ser hijos y nietos de la causante, respectivamente, debiendo reformarse dicho acto de última voluntad en que se instituyeran como herederos en la mitad legítima, conforme las reglas generales de sucesión , instituyéndose a su cónyuge como asignataria de la cuarta de mejoras y de libre disposición en la sucesión del causante ya individualizado.

II.- Que no se condena en costas a la demandada por estimar el tribunal que tuvo motivo plausible para litigar.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Rol 20.878-2015.

Dictada por Guinette López Insinilla, Juez Suplente del Decimo Juzgado Civil de Santiago. Autoriza Mauricio Rossel Zúñiga, Secretario Subrogante.

c) Causa Rol V-13-2017 (8° Juzgado Civil de Santiago). 27-03-2017.

Santiago, veintisiete de Marzo de dos mil diecisiete.-

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que don Andrés Amunátegui Echeverría, abogado, en representación de doña Victoria Aquino-Benoit, filipina, diseñadora, domiciliados para estos efectos en Avenida El Golf 40, oficina 1401, Las Condes, quien solicita que se conceda con beneficio de inventario, la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de don Pablo Benoit Hamel, a ella, en su calidad de cónyuge sobreviviente, respecto de los bienes situados en Chile.

Fundamentando su solicitud, señala que don Pablo Luis Benoit Hamel, también conocido como Paul Louis Benoit, de nacionalidad chilena, nació en la comuna de Providencia el 28 de Noviembre de 1937, falleciendo en Neuilly-Sur-Seine (Francia), el 10 de Julio de 2014, siendo su residencia habitual, Madrid.

Agrega, que don Pablo Luis Benoit contrajo primer matrimonio en España con doña Luisa Manjacavas García, el que fue disuelto por divorcio. Contrayendo segundas nupcias con doña Victoria Aquino Benoit, mediante matrimonio celebrado ante el Consulado General de Francia en Hong-Kong, sin tener descendencia, por lo que le sucede, como única heredera, su cónyuge sobreviviente.

Reseña, que el causante nació en la comuna de Providencia, último domicilio conocido en Chile, lugar en que además se encuentra el inmueble respecto del cual era dueño del 50% de los derechos, cuyo título consta inscrito a fojas 58.877, N° 88.972 del Registro de Propiedad el Conservador de Bienes raíces de Santiago del año 2013.

SEGUNDO: Que en apoyo de su solicitud, la peticionaria acompañó los siguientes documentos:

a) En el folio 3, rola Acta de Notoriedad de Declaración de Herederos abintestato, otorgada el 2 de Septiembre del año 2015 en Madrid, debidamente protocolizada en la Notaría de Santiago, de don Juan Ricardo San Martín Urrejola, con fecha 26 de Diciembre del año 2016. En la misma consta certificado de la Dirección General de los Registros y del Notariado de

Madrid, de fecha 23 de Junio del año 2015, en la que se indica que don Paul Louis Benoit, es casado, siendo su cónyuge doña Victoria Aquino, agregándose que no otorgó testamento. Asimismo consta, acta de defunción, N° 515 de Paul Louis Benoit, en la que se indica que él falleció el 10 de Julio del año 2014 en Boulevard Víctor Hugo, París, Francia. Agregándose Extracto del Acta de Matrimonio N° 121, en la que se indica que el 15 de Diciembre de 1992, contrajeron matrimonio en el Consulado de Francia en Hong Kong, don Pablo Luis Benoit y doña Victoria G. Aquino.

b) En el folio 4, rola Acta de Declaración de Herederos abintestato, otorgada el 30 de Septiembre del año 2015 en Madrid, debidamente protocolizada en la Notaría de Santiago, de don Juan Ricardo San Martín Urrejola, con fecha 26 de Diciembre del año 2016; y en la que se expresa, por el Notario de Madrid, don Juan Azanar de la Haza, que en virtud de las pruebas testificales y documentales obtenidas, los únicos herederos de don Paul Louis Benoit es su esposa doña Victoria AquinoBenoit.

c) Rola como documento adjunto del folio 11, certificado de dominio con vigencia al 18 de Agosto de 2016, de la propiedad inscrita a fojas 58.877, número 88.972 del Registro de Propiedad del año 2013, en la que se indica que don Pedro Carlos Benoit Hamel y don Pablo Luis Benoit Hamel, son dueños de derechos en una propiedad sin número de la calle José Fortaleza ex calle Luis Videla Herrera, comuna de Providencia, región Metropolitana; el que adquirieron por herencia de doña Julieta Juana María Hamel Dilhan.

TERCERO: Que en el folio 9, rola Informe del Servicio de Registro Civil e Identificación, de 10 de Febrero del año 2017, el que señala que don Pablo Luis Benoit Hamel, contrajo matrimonio con doña Adriana Amelia del Carmen González Besoain, el cual registra nulidad de 10 de Julio de 1986, en virtud de sentencia dictada por el 3° Juzgado Civil de Santiago; no registrando hijos en su base de datos; y en cuanto a sus ascendientes, señala que su madre, doña Julieta Juana María, falleció el 12 de Octubre del año 2009; y su padre, don Luis Víctor Benoit Bachelet falleció el 27 de Enero de 1987; registrando un hermano, don Pedro Carlos Benoit Hamel. Asimismo se señala que no registra ingreso de solicitud de posesión efectiva de los bienes quedados a su fallecimiento; informando que tampoco registra Testamentos inscritos.

CUARTO: Que para resolver la presente solicitud, cabe citar el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, el cual dispone que. “Cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiere tenido”. Al respecto, el causante tiene derechos sobre un bien inmueble en Chile, según consta del documento individualizado en la letra c) del considerando segundo de este fallo, señalándose que su último domicilio en Chile, fue Providencia, lugar de su nacimiento.

QUINTO: Que por otro lado, el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil, dispone que se dará la posesión efectiva al heredero abintestato que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia, siempre que no conste la existencia de heredero testamentario, ni se presenten otros abintestatos de mejor derecho. Disponiendo el artículo 989 del Código Civil, que: “Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. En este caso, la herencia se dividirá en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. A falta de éstos, llevará todos los bienes el cónyuge, y, a falta de cónyuge, los ascendientes”.

SEXTO: Que de esta forma y de la prueba rendida en autos, se tiene por acreditado que el 15 de Diciembre de 1992, doña Victoria Aquino-Benoit, contrajo matrimonio con el causante de autos, en el Consulado de Francia en Hong Kong. Habiendo fallecido los padres de don Pablo Luis Benoit Hamel, con anterioridad a su muerte, por lo que la única heredera abintestato es su cónyuge sobreviviente; no teniendo derechos hereditarios su hermano, al

tener el cónyuge mejor derecho. Y de conformidad además a lo dispuesto en el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales; 688, 951 y 989, del Código Civil; 817, 878 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículos 1° y 15 N° 2 de la Ley 19.903, en cuanto se dio cumplimiento al informe solicitado al Servicio de Registro Civil e Identificación, según consta en oficio recepcionado por dicho servicio en el folio 9 de estos autos, Ley 16.271, y demás normas pertinentes, SE DECLARA:

Que ha lugar a lo solicitado en lo principal del folio 1, concediéndose, con beneficio de inventario, la posesión efectiva de la herencia INTESTADA quedada al fallecimiento de don PABLO LUIS BENOIT HAMEL, también conocido como PABLO LOUIS BENOIT, casado, acaecido el día 10 de Julio del año 2014, en la ciudad de Neuilly-Sur-Seine, país Francia, según acta de defunción N° 515 otorgada en dicha ciudad y país; siendo su último domicilio en Chile, el ubicado en la comuna de Providencia, Santiago, a su cónyuge sobreviviente, doña VICTORIA AQUINO-BENOIT, también conocida como VICTORIA G. AQUINO, filipina, pasaporte de su nacionalidad Número EC 2851441.

Regístrese y publíquese en un diario que cumpla con lo dispuesto en el artículo 882 del Código de Procedimiento Civil.

Dictada por doña Sylvia Papa Beletti, Juez Titular del Octavo Juzgado Civil de Santiago.

d) Causa Rol V-216-2016 (1° Juzgado Civil de Concepción). 27-02-2017.

Concepción, veintisiete de Febrero de dos mil diecisiete.

VISTO:

La solicitud de fs.1, de don Renato Andrés Parada Arriagada, domiciliado en calle Víctor Lamas N°1275, departamento 1801, Concepción, en representación convencional según mandato de don SIDNEY MOSKOWITZ, estadounidense, empresario, con domicilio en 504 Grand Street, departamento C22, ciudad y estado de Nueva York, Estados Unidos de América y de doña PEARL MOSKOWITZ, estadounidense, casada, dueña de casa, con domicilio en Harav Yitzhak Nissim 60, Harhoma, Jerusalem, Israel, ambos para estos efectos de su mismo domicilio y expone que con fecha 14 de noviembre de 2012, falleció en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, intestada, la madre de sus mandantes, doña Sara Moskowitz o Sarah Joseph o Sara Yosef o Serene Joseph, viuda, dueña de casa, quien no tuvo domicilio ni residencia en Chile, por lo que en virtud de lo prevenido en el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, es competente para conocer de la posesión efectiva el tribunal del domicilio del solicitante. Señala que la causante nació con fecha 25 de marzo de 1925, con el nombre de Sara Yosef y con fecha 12 de junio de 1947, la causante se casó con don Sidney Moskowitz, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América. Indica que con fecha 16 de junio de 1948, nacieron del referido matrimonio, doña Pearl Moskowitz y con fecha 3 de junio de 1954, don Sidney Moskowitz. Prosigue con que el 15 de abril de 2009, falleció en la ciudad de Nueva York, el cónyuge de la causante y padre de sus representados, don Sidney Moskowitz.

Continúa con que don Sidney Moskowitz y doña Pearl Morkowitz, con fecha 22 de julio de 2015, cedieron una parte de sus derechos hereditarios en la herencia de los bienes quedados al fallecimiento de su madre a su persona, Renato Andrés Parada Arriagada y que con fecha 23 de diciembre de 2015, cedió una parte de sus derechos hereditarios, que adquirió en la sucesión de la causante, en favor de don Alejandro Balbino Parada Arriagada, chileno, egresado de derecho, divorciado, con domicilio en calle Nicasio Alarcón N°462, Pueblo de Ñipas, comuna de Ránquil y de don Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño, chileno, abogado, casado, domiciliado en calle Los Nogales N°73, comuna San Bernardo. Indica que con fecha 25 de febrero de 2016, don

Sidney Moskowitz y doña Pearl Moskowitz, cedieron una parte de sus derechos hereditarios a favor de don Sidney Joseph, estadounidense, casado, empleado, con domicilio en Sunridge Heigts Pkwy 416, Henderos, Estado de Nevada, Estados Unidos de América y a favor de doña Alice Joseph, estadounidense, soltera, empleada, con domicilio en Avda. Arizona N°828, Santa Mónica, California, Estados Unidos.

Concluye señalando que en la representación que comparece, así como en la calidad de cesionario, solicita para sus representados y el resto de los cesionarios en esta sucesión, la posesión efectiva de la herencia de la causante. Por lo que en mérito de lo expuesto y normas legales que cita, pide se conceda la posesión efectiva intestada quedada al fallecimiento de nacimiento de Sidney Moskowitz, con su respectiva traducción; certificado de defunción de William Moskowitz, con su respectiva traducción; escritura pública de cesión de derechos hereditarios de Sidney Moskowitz y Pearl Moskowitz a don Renato Andrés Parada Arriagada; cesión de derechos hereditarios de Renato Andrés Parada Arriagada a Alejandro Balbino Parada Arriagada y a Dagoberto Marcelo Ramos Avendaño; cesión de derechos hereditarios de Sidney Moskowitz y Pearl Morkowitz a Sidney Joseph y Alice Joseph e inventario simple de los bienes quedados al fallecimiento de doña Sarah Moskowitz, en el que aparece un bien raíz situado en territorio chileno.

Y TENIENDO PRESENTE:

1.- Que el solicitante pidió se conceda la posesión efectiva intestada quedada al fallecimiento de doña Sara Moskowitz, quien no tuvo domicilio ni residencia en Chile, en virtud del artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, ostentando en el inventario de bienes que acompaña, un bien raíz situado en territorio chileno.

2º.- Que, el artículo 955 del Código Civil prescribe que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales. Por su parte, el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales establece que cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiere tenido. Que el artículo 980 del Código Civil, indica que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones. El artículo 997 de la referida codificación, establece que los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos. Por su parte, el artículo 880 del Código de Procedimiento Civil señala que los herederos que no estén obligados a practicar inventario solemne o no lo exijan al tiempo de pedir la posesión efectiva, deberán presentar inventario simple en los términos de los artículos 382 y 384 del Código Civil y del artículo 46 de la Ley N°16.271. El artículo 382 del Código Civil indica que el inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador. Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral. En tanto, el artículo 383 del referido Código, prescribe que si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecieren nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos, y se agregará al anterior. Y el artículo 384 de dicho Código, señala que debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si

se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor o curador se extenderá a las unas como a las otras.

3°.- Que, de la normativa precedentemente transcrita se puede desprender que se deja entregado a los tribunales chilenos el decidir sobre el otorgamiento de la posesión efectiva de una sucesión que comprenda bienes situados en Chile, situación fáctica que no fue acreditada en autos, toda vez que no se allegó medio probatorio alguno que justifique que la causante de autos haya tenido derechos sobre el inmueble situado en Chile, ya que atendido el inventario simple acompañado el inmueble sobre el que tendría derechos habría pertenecido a su hermano, el que se encontraría fallecido, situación que tampoco fue acreditada en el proceso; no habiéndose acreditado, tampoco, que en este caso correspondiera aplicar el tercer orden sucesorio, orden que sólo es aplicable si el causante no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, lo que no puede desprenderse de ninguno de los antecedentes acompañados.

Que en mérito de los antecedentes y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 382, 383, 384, 955, 980, 990 y 997 del Código Civil; 877 y siguientes y 880 del Código de Procedimiento Civil, y artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, se resuelve:

Que se rechaza la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de doña Sarah Moskowitz; toda vez que en virtud del artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, este tribunal civil carece de competencia para otorgarla, ya que no se ha justificado por medio legal alguno que la causante haya tenido bienes en Chile.

Regístrese y dese copia.

Rol N° V-216-2016.

Dictada por doña MARGARITA SANHUEZA NÚÑEZ, Juez Titular del Primer Juzgado Civil de Concepción. Autoriza doña SUSANA ARROYO CEBALLOS, Secretaria Titular.

e) Causa Rol V-247-2016 (18° Juzgado Civil de Santiago). 05-04-2017.

Santiago, cinco de abril de dos mil diecisiete.

Vistos:

A fojas 12, comparece doña Mariela Haydee Miranda Madueño, dueña de casa, domiciliada para estos efectos en Avda. Vicuña Mackenna N° 955, depto. 702-A, Santiago, quien viene en solicitar se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de su padre don Mario Daniel Miranda Maldonado, viudo, ocurrido el 20 de abril de 2015, en la ciudad de Mendoza, Argentina, siendo su último domicilio el ubicada en la Manzana G, casa N° 10, Barrio Malvinas Argentinas, República de Argentina. Señala que el causante tuvo su último domicilio en Chile el señalado por la compareciente. Refiere que los únicos herederos del causante son sus hijos Jacqueline del Rosario Miranda Madueño, C.I. 8.457.134-2, dueña de casa; Alejandra Paola Miranda Madueño, C.I. 8.457.117-2, empleado; Mario Daniel Miranda Madueño, C.I. 8.457.112-1; Marcelo Andrés Miranda Pérez, C.I. 11.341.121-K, empleado, y la compareciente Mariela Haydee Miranda Madueño, C.I. 6.833.902-2, dueña de casa, todos domiciliados para estos efectos en Avda. Vicuña Mackenna N° 955, depto. 702-A, Santiago. En definitiva y conforme lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1.247 del Código Civil, 878 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, 1° de la Ley N° 19.903 y Ley N° 16.271, solicita se concede la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de su padre don Mario Daniel Miranda Maldonado, a sus hijos ya individualizados. A fojas 1, rola Certificado de Defunción de don Mario Daniel Miranda Maldonado, cuya inscripción fue practicada conforme al artículo 12 de la Ley N° 11.987 para chilenos. A fojas 2, rola Certificado

de Defunción de la cónyuge del causante doña Carmen de las Mercedes Madueño Orellana; A fojas 3, rola Certificado de Matrimonio de don Mario Daniel Miranda Maldonado con doña Carmen de las Mercedes Madueño Orellana; A fojas 4 a 7 rolan Certificado de Nacimiento de los hijos del causante doña Mariela Haydee; doña Jacqueline del Rosario; doña Alejandra Paola y don Mario Daniel, todos de apellidos Miranda Madueño. A fojas 8 rola Certificado de Nacimiento del hijo del causante don Marcelo Andrés Miranda Pérez. A fojas 9 rola copia con vigencia de la inscripción especial de herencia de doña Carmen de las Mercedes Madueño Orellana, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago de fecha 10 de septiembre de 2012, a fojas 57.642 N° 87.817, año 2012. A fojas 11 rola certificado de avalúo fiscal del inmueble ubicado en pasaje El Barroco N° 7188, Cerrillos, inscrito a nombre del causante y sus hijos. A fojas 17 rola, Informe del Servicio Registro Civil, que señala que revisado el sistema Automatizado de Solicitud de Posesión efectivas, ya registra solicitud de posesión efectiva del mismo causante N° 372, presentada en la oficina de Peñalolén el día 05 de mayo de 2016, la que fue concedida mediante Resolución Exenta N° 52023 de 29 de julio de 2016, a los hijos del causante, publicada en el diario electrónico www.cooperativa.cl, e inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectiva bajo el N° 45858-2016. Acompaña copia de la Resolución Exenta referida. A fojas 23, se trajeron los autos para fallo.

CONSIDERANDO.

1°.- A fojas 12 comparece doña Mariela Haydee Miranda Madueño, dueña de casa, domiciliada para estos efectos en Avda. Vicuña Mackenna N° 955, depto. 702-A, Santiago, quien viene en solicitar se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de su padre don Mario Daniel Miranda Maldonado, viudo, ocurrido el 20 de abril de 2015, en la ciudad de Mendoza, Argentina, siendo su último domicilio el ubicada en la Manzana G, casa N° 10, Barrio Malvinas Argentinas, República de Argentina, para ella y para sus hermanos doña Jacqueline del Rosario; doña Alejandra Paola y don Mario Daniel, todos de apellidos Miranda Madueño y don Marcelo Andrés Miranda Pérez.

2°.- Que las Sucesiones intestadas abiertas en el extranjero serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo señalado en el Código de Procedimiento Civil.

3°.- Que la presente sucesión se abrió en el extranjero, esto es, en la República de Argentina, conforme consta del certificado de Defunción del Causante, por lo que es plenamente aplicable el artículo 1° de la Ley N° 19.903 que en su inciso primero señala, “Las posesiones efectiva de herencias, originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a lo dispuesto en la presente Ley. Las demás serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.”..., o sea las abiertas en el extranjero como es el caso de autos, por lo que la presente posesión efectiva debe ser tramitada ante este tribunal.

4° Que conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1°, recién citado, y habiéndose concedido la posesión efectiva de don Mario Daniel Miranda Maldonado por Resolución Exenta PE N° 52023, de fecha 29 de julio de 2016 por don Israel Chamorro Jorquera, Director Regional Región Metropolitana de Santiago, Servicio de Registro Civil e Identificación, Sucesión intestada abierta en el extranjero, inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas bajo el N° 45858-2016, la que debió ser solicitada ante la justicia ordinaria, déjese sin efecto la Resolución Exenta que concedió la posesión efectiva como la inscripción de la misma, oficiándose al Servicio de Registro Civil e Identificación, a fin de que proceda a su cancelación y, teniendo además presente, lo dispuesto en los artículos 878 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículos 980 y siguientes del Código Civil y artículo 1° de la Ley N° 19.903, se resuelve: Que se concede la posesión efectiva de la herencia intestada que al fallecimiento de don Mario Daniel Miranda Maldonado, 3.646.712-6, viudo, ocurrido el 20 de abril de 2015, en la ciudad de Mendoza, Argentina, siendo su último domicilio el ubicado en la Manzana G, casa N° 10, Barrio Malvinas Argentinas, República de Argentina, a sus

hijos Jacqueline del Rosario Miranda Madueño, C.I. 8.457.134-2, dueña de casa; Alejandra Paola Miranda Madueño, C.I. 8.457.117-2, empleada; Mario Daniel Miranda Madueño, C.I. 8.457.112-1, empleado; Marcelo Andrés Miranda Pérez, C.I. 11.341.121-K, empleado, y Mariela Haydee Miranda Madueño, C.I. 8.457.128-8, dueña de casa, todos domiciliados para estos efectos en Avda. Vicuña Mackenna N° 955, depto. 702-A, Santiago.

Dictada por don Adrián Reyes Pardo, Juez Suplente, autoriza doña Marta Hurtado Vásquez, Secretaria Subrogante.

f) Causa Rol V-58-2017 (Juzgado de Letras de Casablanca). 05-06-2018.

Casablanca, cinco de junio de dos mil dieciocho.

Visto:

Atendido el mérito de los antecedentes acompañados con fecha 24 de Abril de 2017:

- 1.- certificado de defunción del causante,
- 2.- certificado de matrimonio celebrado entre el causante don Luidor Adolfo Rosales Valenzuela y doña Gloria de Las Mercedes Pérez Vera,
- 3.- copia de inscripción de dominio de fojas 762 número 1306 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Casablanca del año 2002,
- 4.- certificado de avalúo fiscal de la propiedad Rol N°62-30,
- 5.- inventario simple de bienes dejados por el causante,
- 6.- resolución Exenta PE N°1987, de fecha 30 de enero de 2017, del Servicio de Registro Civil e Identificación;

Y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 952, 999 y siguientes, artículo 1167 del Código Civil y los artículos 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; habiéndose además, evacuado el informe pertinente por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, N° 765, de fecha 22 de Junio de 2017, se declara:

Que se concede la posesión efectiva de la herencia intestada, quedada al fallecimiento de don Luidor Adolfo Rosales Valenzuela, cédula nacional de identidad N° 8.642.508-4, ocurrido con fecha 01 de Enero de 2012 y con último domicilio en el extranjero, específicamente en 35 STREET 35, APARTAMENTO D-3 QUEENS, NUEVA YORK, ESTADOS UNIDOS, y en Chile, en la Comuna de Casablanca, Manzana B, Lote Treinta, frente a calle Uno N°564, del conjunto de María Elena, a favor de su cónyuge doña GLORIA DE LAS MERCEDES PEREZ VERA, cédula de identidad N° 6.834.734-3 y a sus hijos: ADOLFO ENRIQUE ROSALES PEREZ, cédula de identidad N°16.200.019-5, y doña MARIA ANDREA ROSALES PEREZ, cédula de identidad N° 15.068.682-2, todos en calidad de herederos del causante, y sin perjuicio de otros herederos de igual o mejor derecho. Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil. Protocolícese el inventario en la Notaría de Casablanca.

Háganse las publicaciones legales en el Diario el Mercurio de Valparaíso.

Dictada por Alexandra Yáñez Jara, Juez Titular del Juzgado de Letras de Casablanca.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C.

g) Causa Rol V-69-2018 (1° Juzgado Civil de Santiago). 23-07-2018.

Santiago, veintitrés de Julio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

A lo principal: Con el mérito de los documentos acompañados y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 951, 955 y 999 y siguientes del Código Civil y artículos 817 y 878 del Código de Procedimiento Civil, artículo 27 de la Ley N° 16.271, se concede con beneficio de inventario la posesión efectiva de la herencia intestada, quedada al fallecimiento de doña Lillian Graciela Morelli, cédula de identidad N° 5.543.083-7, estadounidense, ocurrido en la ciudad de Carrollton, Dallas, Estados Unidos y cuyo último domicilio conocido en Chile fue el de calle Salvador N° 2568, comuna de Ñuñoa, el día 07 de mayo de 2017, según partida de defunción N° 150 Registro NER del año 2017, de la Circunscripción de Santiago, a sus hijos: MYRIAM LILIANA MORELLI STÖWHAS o MYRIAM LILIANA RICHARDSON, norteamericana, trabajadora dependiente, cédula de identidad N° 11.315.951-0, pasaporte estadounidense N° 482262567 y a don EDWARD ANTHONY MORELLI, norteamericano, director de distribución, pasaporte estadounidense N° 543116329, ambos domiciliados para estos efectos en 15430 Dorothy Nell Dr. Dallas, TX 75253, en su calidad de herederos abintestato y de cesionarios de los derechos hereditarios de su padre don Eduardo Orlando Morelli Palma, viudo, jubilado, cédula de identidad N° 3.685.465-0, domiciliado en calle Salvador N° 2568, comuna de Ñuñoa, según consta en contrato de cesión de derechos hereditarios, otorgado con fecha 08 de marzo de 2018, ante don José Luis Briceño Oviedo, cónsul de Chile en Houston Texas, EEUU.-

Al primer otrosí, téngase por acompañados los documentos; al segundo otrosí, téngase presente la personería.

Practíquese inventario solemne en una Notaría de esta ciudad y hecho protocolícese. Practíquese las publicaciones legales en el Diario El Mercurio de Santiago, debiendo contener dichos avisos la fecha en que se efectuará el inventario.

V-69-2018

Se deja constancia que con fecha 19 de junio de 2018, por Oficio n° 533- 2018 se dio cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 15 de la Ley N° 19.903.-

Regístrese, anótese, notifíquese y oportunamente archívese Rol V-69-2018

h) Causa Rol V-122-2017 (1° Juzgado Civil de Santiago). 30-05-2018.

Santiago, treinta de Mayo de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que, con fecha 03 de mayo de 2017, comparece doña María del Carmen Brilladero Brilladero y don Ignacio Sergio Melo, abogados, en representación de doña Edy Myriam Morales López, Nacionalidad Peruana, comerciante, domiciliada en calle Isabel Riquelme Sur 1421, departamento M-46, de la comuna de Maipú, cedula de identidad para extranjeros N° 14.748.304-k, solicitando se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada de don Moisés Teodoro Morales Contreras, de Nacionalidad peruana, quien falleció el 08 de septiembre de 2012, en la localidad de Lima/Lima, Pueblo Libre, de la República del Perú y quien nunca ha tenido residencia en Chile. Funda la solicitud en que según consta del Acta de la Sucesión Intestada del Señor Moisés Teodoro Morales Contreras, seguido por la Sra. Edy Myriam Morales López, emitida por el Notario Suplente de Lima Sr. Edgardo Hopkins Torres,

de fecha 23 de mayo de 2016, por lo que sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 1 de la ley 19.903, solicita se conceda la posesión Efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de don Moisés Teodoro Morales Contreras, a su heredera y solicitante de autos doña a Edy Myriam Morales López, por haberse abierto la sucesión en el extranjero y existiendo solo un bien raíz en Chile.

Por estas consideraciones y disposiciones legales que cita, concluye solicitando se conceda la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de don Moisés Teodoro Morales Contreras, a su hija y heredera y solicitante de autos doña Edy Myriam Morales López, en los términos que se indican. Que, se acompaña a la demanda principal, los siguientes documentos:

- 1.- Acta de la Sucesión Intestada del Señor Moisés s Teodoro Morales Contreras, seguido por la Sra. Edy Myriam Morales López, emitida por el Notario Suplente de Lima Sr. Edgardo Hopkins Torres.
- 2.- Anotación de Inscripción, emitida por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SURNAP), Zona Registral IX, sede Lima, Oficina Registral Lima, certificada por el Notario de Lima don Ricardo Fernandini Barreda de fecha 23 de marzo de 2016.
- 3.- Inscripción de Sucesión Intestada del Señor Moisés Teodoro Morales Contreras, Zona Registral IX, sede Lima, Oficina Registral lima, N Partida 13596712, de fecha 31 de mayo de 2016, Legalizado por el ° Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Perú
- 4.- Acta de defunción del causante, don Moisés Teodoro Morales Contreras, emitida por el registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la República del Perú.
- 5.- Partida de Nacimiento de la solicitante, emitido por la Municipalidad Distrital de Huasahuasi, Provincia de Tarma, Departamento de Junin, República del Perú.
- 6.- Certificado de Nacimiento de la solicitante emitido para Extranjeros Residentes en Chile.
- 7.- Fotocopia legalizada de Documento Nacional de Identidad (DNI) N° 21098120, del causante don Moisés Teodoro Morales Contreras, emitido el por el Registro Nacional de Identificación y estado Civil de la república del Perú 8.-
- 8.- Certificado de Posesión Efectiva, folio N 0001570236, inscripción N° 43507, del a o 2011, del Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, de la causante doña Luz Marina Morales López, en favor de don Moisés Teodoro Morales Contreras.
- 9.- Duplicado de Certificado de Posesión Efectiva, folio N° 0002570236, inscripción N° 43507, del a o 2011, con su respectiva solicitud de modificación de la causante doña Luz Marina Morales López, en favor de don Moisés Teodoro Morales Contreras.
- 10.- Certificado de inscripción de especial de Herencia de fojas 65020 N° 98436, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, del año 2011.
- 11.- Certificado de inscripción de Posesión Efectiva de fojas 65020 N° 98435, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, del año 2011.
- 12.- Certificado de Subinscripción o Nota del registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, alzamiento de fojas 27887 N° 49301, del año 2007, practicada con fecha 14 de diciembre de 2012.
- 13.- Certificado de exención de impuestos de herencia N° 1662, de fecha 22 de septiembre de 2011.
- 14.- Duplicado de certificado de exención de impuestos de herencia N° 148, de fecha 26 de enero de 2012. Que, con fecha 12 de junio de 2017, se evacuó informe del Servicio de Registro Civil, por medio del cual se indica respecto lo solicitado en autos que: “No ha sido posible evacuar el informe solicitado, por cuanto en los antecedentes acompañados, no se aporta Run del causante, y al efectuar en nuestro sistema consulta por su nombre, éste no arroja resultado positivo”. Agrega que como consecuencia de lo anterior no es factible realizar las búsquedas en el registro Nacional de Testamentos tendientes a determinar si se registra

o no testamento inscrito otorgado por el causante, ni tampoco ha sido posible determinar la existencia de solicitudes de posesiones efectivas asociadas a este. Que, en consideración a lo señalado anteriormente y en especial que los solicitantes no acompañaron antecedente legal alguno que permita establecer los requisitos para un correcto informe del Servicio, antes indicado, que de los antecedentes no se pueden extraer los requisitos exigidos por la norma para ser acogida, puesto que los documentos acompañados por los solicitantes no contienen la información necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Que, sumado a lo anterior, cabe señalar que, los documentos acompañados en autos y digitalizados por los solicitantes, salvo el designado con el número 2.-, del cuarto párrafo de la presente, carecen de los requisitos establecidos en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 17 del Código Civil, por lo que no pueden considerarse prueba suficiente para establecer el derecho que se reclama.

Que, sin perjuicio del valor probatorio del documento signado con el número 2.-, del cuarto párrafo de la presente, cabe señalar que este no contiene las indicaciones necesarias para el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil, considerando además, la imposibilidad de recabar información acerca de los posibles herederos del causante o la existencia o no de testamentos que puedan desvirtuar la solicitud del actor conforme a lo señalado por el Servicio de Registro Civil.

Que, con el mérito de los antecedentes, lo informado por el Servicio del Registro Civil y, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1015 del Código Civil; 254 y 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículo 1 de la ley 19.903;

Se declara que: Se niega lugar a la solicitud de fojas 1.

Dictada por don WILSON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Juez Suplente y, autorizada por doña LIA ROSSANA SEPULVEDA VASQUEZ, Secretaria Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, treinta de Mayo de dos mil dieciocho**

i) Causa Rol V-422-2017 (28° Juzgado Civil de Santiago). 03-05-2018.

Santiago, tres de Mayo de dos mil dieciocho.

VISTOS.

PRIMERO: Con fecha 22 de diciembre de 2017, comparece en autos Lorraine de Laire Peirano, abogada, domiciliada La Concepción N° 81, oficina 208, comuna de Providencia, en representación de Gloria Mercedes Ahumada Arraño, jubilada, cédula nacional de identidad N°6.085.528-5, domiciliada en 41921 Margarita Wy, Palmdale, California 93.551, Estados Unidos de América, quien solicita se conceda la posesión efectiva intestada quedada al fallecimiento de don José Miguel Ahumada, chileno, jubilado, viudo, quien falleció con fecha 26 de febrero de 2017, siendo su último domicilio 37538 Opaline Court Palmdale, CA 93550, Los Angeles, Estados Unidos de América, a sus herederas Gloria Mercedes y Fresia Adelina del Carmen, ambas de apellidos Ahumada Arraño, y a Daniela Alejandra del Carmen Arcos, en representación de la hija y heredera del causante, Marinka Del Carmen Ahumada Arraño, quien falleció el 6 de agosto del año 1987. Señala que la cónyuge del causante, doña Fresia del Carmen Arraño Cordova, fallecida el 5 de abril de 1998, y su posesión efectiva fue concedida por el Director Regional, Región Metropolitana, oficina El Bosque, del Servicio de Registro Civil e Identificación e inscrita a Fojas 7644, Número 6778, del año 2006, en el Conservador de Bienes Raíces de San Miguel.

SEGUNDO: Que el solicitante acompañó a los autos los siguientes documentos:

- a) Certificado de defunción n del causante;
- b) Certificado de defunción de cónyuge del causante;
- c) certificados de nacimiento de las hijas del causante;
- d) Certificado de defunción de Marinka del Carmen Ahumada Arraño, hija del causante;
- e) Certificado de nacimiento de Daniela Alejandra del Carmen Arcos Ahumada, nieta del causante.

TERCERO: Que en informe del Servicio de Registro Civil e Identificación, de fecha 22 de marzo de 2018, se señala que el causante don José Miguel Ahumada, cédula nacional de identidad N°1.948.857-8.-, fallecido el 26 de febrero de 2017, defunción inscrita bajo el N° 1164 del año 2017, en el Servicio de Registro Civil e Identificación, Circunscripción Santiago. Señala que el causante registra inscrito matrimonio con doña Fresia del Carmen Arraño Cordova, cédula nacional de identidad N°1.889.284-7, celebrado el 26 de febrero de 1943, e inscrito bajo el N°146, del año 1943, de la Circunscripción del Servicio de Registro Civil e Identificación Independencia. Cónyuge fallecida el 5 de abril de 1998, según consta en inscripción de defunción N°296, Registro X, del año 1998, de la Circunscripción del Servicio de Registro Civil e Identificación Santiago. Agrega que registra inscritas como hijas en dicho servicio a Gloria Mercedes, Fresia Adelina del Carmen, y a Marinka del Carmen, todas de apellidos Ahumada Arraño, y que esta última falleció el 6 de agosto del año 1987, según consta en inscripción de defunción N°2237, Registro S2, del año 1987, quien registra inscrita en dicho servicio como hija a Daniela Alejandra del Carmen Arcos. Finalmente, que revisados el Registro Nacional de Testamentos, y el sistema automatizado de solicitudes de posesiones efectivas, no se registran inscripción de testamento ni solicitudes respecto del causante.

CUARTO: Que doña Marinka del Carmen Ahumada Arraño, hija del causante, fallecida el 6 de agosto del año 1987, según consta en inscripción de defunción N°2237, Registro S2, del año 1987, siendo su heredera Daniela Alejandra del Carmen Arcos Ahumada, por lo que la posesión efectiva quedada al fallecimiento de don José Miguel Ahumada, ser concedida a esta en representación de la primera.

QUINTO: Que atendido el mérito de los antecedentes, documentos acompañados, informe del Servicio de Registro Civil e Identificación, y lo dispuesto en los artículos 955, 956, 980, y demás pertinentes del Código Civil, 878 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y 149 del Código Orgánico de Tribunales, SE RESUELVE: Que se concede, la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de don JOSE MIGUEL AHUMADA , cédula nacional de identidad N°1.948.857- 8.-, fallecido intestado, el 26 de febrero de 2017, siendo su último domicilio 37538 Opaline Court Palmdale, CA 93550, Los Angeles, Estados Unidos de América, defunción inscrita bajo el N° 1164 del año 2017, en el Servicio de Registro Civil e Identificación, Circunscripción Santiago, conforme al art culo 110 del Reglamento Orgánico del Registro Civil, a su hijas GLORIA MERCEDES AHUMADA ARRANO, cédula nacional de identidad N°6.085.528-5.-, FRESIA ADELINA DEL CARMEN AHUMADA ARRANO , cédula nacional de identidad N°5.745.267-6, y a DANIELA ALEJANDRA DEL CARMEN ARCOS AHUMADA, cédula nacional de identidad N°15.839.616-5.-, por transmisión de los derechos de su madre, Marinka Del Carmen Ahumada Arraño, hija del causante fallecida 6 de agosto del año 1987. Protocolícese inventario simple en su oportunidad y publíquese en el diario El Mercurio de Santiago. Regístrese.

DICTADA POR DOÑA LILIAN ESTHER LIZANA TAPIA, JUEZA SUPLENTE.
AUTORIZADON JUAN CARLOS MUÑOZ CAAMAÑO, SECRETARIO SUBROGANTE.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, tres de Mayo de dos mil dieciocho**

j) Causa Rol V-294-2017 (1° Juzgado Civil de Santiago). 27-03-2018.

Santiago, veintisiete de Marzo de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que, con fecha 23 de septiembre de 2017, comparece don Julio César Araneda Álvarez, cédula de identidad 8.044.225-4, domiciliado en Pasaje Trianon, villa Los Peumos, de la comuna de La Florida, solicitando se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada de doña Ana Elvira Álvarez González, cedula de identidad 4.764.880-7, fallecida el 09 de septiembre de 2000, en la ciudad de Saladillo, Argentina, según consta del certificado de defunción, con la inscripción practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 11.987, bajo el N° 634, Registro X, del año 2011, de la circunscripción de Santiago, del Servicio de Registro Civil e Identificación, a sus herederos legales. Expresa que el causante, si bien no otorgó testamento alguno, su fallecimiento se produjo fuera del Territorio Nacional, por lo que conforme al artículo 1 de la ley 19.903, corresponde solicitar la Posesión Efectiva en sede Jurisdiccional Ordinaria. Por estas consideraciones y disposiciones legales que cita, concluye solicitando se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de doña Ana Elvira Álvarez González a sus herederos legales. Que, se acompañó a la demanda principal los siguientes documentos:

- a.- Copia de la cédula de identidad del solicitante.
- b.- Certificado de defunción de la causante.
- c.- Certificado de matrimonio de la causante.
- d.- Certificado de nacimiento de don Jorge Araneda Álvarez.
- e.- Certificado de nacimiento del solicitante.
- f.- Certificado de nacimiento de doña Carolina Andrea Peralta.
- g.- Certificado de dominio de la propiedad inscrita a nombre de la causante a fojas 23943 N° 30039, del Registro de Propiedad del año 1980, del Conservador de Bienes Raíces de Santiago.
- h. Certificado de aval o fiscal de la propiedad antes indicada.

Que, con fecha 21 de febrero de 2018, se evacuó informe del Servicio de Registro Civil, por medio del cual se indica respecto la posesión efectiva del causante, señalando que falleció el 09 de septiembre de 2000, en la ciudad de Saladillo, Argentina, según consta del certificado de defunción con la inscripción practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 11.987, bajo el N° 634, Registro X, del año 2011, de la circunscripción de Santiago, del Servicio de Registro Civil e Identificación. Se informa que el causante registra dos matrimonios:

a.- Con don Jorge Felipe Araneda Moya, run 4.362.420-2, con fecha 12 de agosto del año 1959, inscrito con el N° 310, del año 1959, de la circunscripción de Moneda, declarado nulo por sentencia ejecutoriada dictada por el 6 Juzgado Civil de Santiago.

b.- Con don Antonio Roberto Peralta, sin Run ingresado en la base de datos del registro Civil, celebrado con fecha 17 de noviembre de 1978, inscrito con el N° 1685, del año 1978, de la circunscripción de Universidad. Agrega que la causante figura con inscripción de dos hijos:

a.- Don Julio César Araneda Álvarez, run 8.044.225-4.

b.- Don Jorge Araneda Alvarez, run 8.044.230-0. Asimismo, se informa que revisado el Registro Nacional de Testamentos, a contar del 11 de abril del año 2004, sin que el causante registre testamento inscrito a su nombre. Termina indicando dicho informe que, revisado el sistema Automatizado de Solicitudes de Posesiones Efectivas, se registra que con fecha 08 de mayo del año 2017, se presentó a la oficina de Santiago, una solicitud ingresada con el número 4283, la cual fue rechazada conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 19.903. Que, con el mérito de los antecedentes y lo informado por el Servicio del Registro Civil y, de conformidad

a lo dispuesto por los artículos 1015 del Código Civil; 254 y 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículo 1 de la ley 19.903; Se declara que: Se concede la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de do a Ana Elvira Álvarez González, cedula de identidad N° 4.764.880-7, fallecida el 09 de septiembre de 2000, en la ciudad de Saladillo, Argentina, según consta del certificado de defunción, con la inscripción practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 11.987, bajo el N° 634, Registro X, del año 2011, de la circunscripción de Santiago, del Servicio de Registro Civil e Identificación, a sus hijos Julio César Araneda Álvarez, run 8.044.225-4 y Jorge Araneda Álvarez, run 8.044.230-0 y a don Antonio Roberto Peralta, sin Run ingresado en la base de datos del registro Civil, en calidad de cónyuge sobreviviente. Practíquese inventario simple de sus bienes, hecho protocolícese en una Notaría de esta Ciudad. Hágase las publicaciones legales.

Regístrese en copia autorizada y en su oportunidad, dese copias í autorizadas de todo lo obrado, a costa del solicitante.

Dictada por don WILSON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Juez Suplente y, autorizada por do a LIA ROSSANA SEPULVEDA VASQUEZ, Secretaria Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en Santiago, veintisiete de Marzo de dos mil dieciocho

k) Causa Rol V-170-2016 (1° Juzgado Civil de Santiago). 26-03-2018.

Santiago, veintiséis de Marzo de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que, con fecha 29 de agosto de 2016, comparece don José Ignacio Reyes Klenner, abogado, en representación de don Camilo Reyes Ogando, Empresario, domiciliado en calle Alto del Carmen 1499, casa E 16, de la comuna de Huechuraba, cedula de identidad N° 9.959.234-6, solicitando se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada de don JOSE GONZALO AURELIO REYES PAREDES, cedula de identidad 4.381.713-2, fallecido el día 01 de marzo del año 2015, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, según consta del certificado de defunción, con la inscripción practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 11.987, bajo el N° 134, Registro X, del año 2016, de la circunscripción de Santiago, del Servicio de Registro Civil e Identificación, cuyo último domicilio fue el de Ruta 2 Km 1631/2, Punta de San Juan, Montevideo, Uruguay, a don Gonzalo Francisco José Reyes Budinich, Felipe Ignacio Nicolás Reyes Budinich, don Bernardo Guzmán Reyes Ogando y el solicitante Camilo Reyes Ogando. Expresa que el causante, si bien no otorgó testamento alguno, su fallecimiento se produjo fuera del Territorio Nacional, por lo que conforme al artículo 1 de la ley 19.903, corresponde solicitar la Posesión Efectiva en sede Jurisdiccional Ordinaria. Por estas consideraciones y disposiciones legales que cita, concluye solicitando se conceda la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de don JOSE GONZALO AURELIO REYES PAREDES, a sus hijos don Gonzalo Francisco José Reyes Budinich, Felipe Ignacio Nicolás Reyes Budinich, don Bernardo Guzmán Reyes Ogando y el solicitante Camilo Reyes Ogando, ya individualizados y en los términos é que se indican. Que, se acompañó a la demanda principal certificado de defunción del causante don José Gonzalo Aurelio Reyes Paredes, hecho acaecido con é fecha 01 de marzo del año 2015, inscrito con el N° 134, Registro X, del año 2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12, de la ley 11.987, en la circunscripción de Santiago del Servicio de Registro Civil e Identificación, que indica como lugar de fallecimiento la ciudad de Montevideo, Uruguay, certificados de nacimiento de don Gonzalo Francisco José Reyes Budinich, Felipe Ignacio Nicolás Reyes Budinich, don Bernardo Guzmán Reyes Ogando y don Camilo Reyes Ogando. Que, con fecha 04 de mayo de 2017, se

evacuó informe del Servicio de Registro Civil, por medio del cual se indica respecto la posesión efectiva del causante, señalando que falleció el día 01 de marzo del año 2015, inscrito con el N° 134, Registro X, del año 2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12, de la ley 11.987, en la circunscripción de Santiago. Se informa que el causante registra dos matrimonios:

a.- Con doña María Vivianne Ogando Martínez, run 10.031.657-9, con fecha 02 de mayo de 1975, inscrito con el N° 734, registro E, del año 1977, en la circunscripción de Recoleta.

b.- Con doña Juana María Isabel Budinich Besoain, run 5.596.032-1, celebrado con fecha 19 de noviembre de 1966, del que consta además una subinscripción de Nulidad de Matrimonio de fecha 16 de mayo de 1974 y aprobada con fecha 10 de junio de 1974.

Agrega que la causante figura con inscripción de cuatro hijos:

a.- Don Gonzalo Francisco José Reyes Budinich, run 9.753.497-7.

b.- Don Felipe Ignacio Nicolás Reyes Budinich, run 9.753.505-1.

c.- Don Bernardo Guzmán Reyes Ogando, run 9.959.233-8.

d.- Don Camilo Reyes Ogando, run 9.959.234-6.

Asimismo, se informa que revisado el Registro Nacional de Testamentos, a contar del 11 de abril del año 2004, sin que el causante registre testamento inscrito a su nombre. Termina indicando dicho informe que, revisado el sistema Automatizado de Solicitudes de Posesiones Efectivas, se registra que con fecha 24 de marzo de 2016 se presentó a la oficina de Las Condes una solicitud ingresada con el número 267, la cual fue rechazada conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 19.903. Que, con fecha 28 de noviembre de 2017, se acompañó certificado de matrimonio del causante que acredita que el causante tenía, al momento de su fallecimiento un vínculo matrimonial no disuelto con doña María Vivianne Ogando Martínez, cédula de identidad 10.031.657-9, celebrado el 02 de mayo de 1975, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, inscrito conforme al artículo 110 del reglamento Orgánico del registro Civil bajo el N° 734, registro E, del año 1977, de la circunscripción de Recoleta. Que, con el mérito de los antecedentes y lo informado por el Servicio del Registro Civil y, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1015 del Código Civil,; 254 y 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículo 1 de la ley 19.903; Se declara que:

Se concede la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de don José Gonzalo Aurelio Reyes Paredes, cédula de identidad 4.381.713-2, hecho acaecido con fecha 01 de marzo del año 2015, inscrito con el N° 134, Registro X, del año 2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12, de la ley 11.987, en la circunscripción de Santiago del Servicio de Registro Civil e Identificación, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, cuyo último domicilio fue el de Ruta 2 Km 1631/2, Punta de San Juan, Montevideo, Uruguay a don Gonzalo Francisco José Reyes Budinich, run 9.753.497-7, don Felipe Ignacio Nicolás Reyes Budinich, run 9.753.505-1, don Bernardo Guzmán Reyes Ogando, run 9.959.233-8, y don Camilo Reyes Ogando, run 9.959.234-6, quienes heredan en calidad de hijos del causante y, a doña María Vivianne Ogando Martínez, cédula de identidad 10.031.657-9, en calidad de cónyuge sobreviviente. Practíquese inventario simple de sus bienes, hecho protocolícese en una Notaría de esta Ciudad. Hágase las publicaciones legales.

Regístrese en copia autorizada y en su oportunidad, dese copias autorizadas de todo lo obrado, a costa del solicitante.

Dictada por don WILSON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Juez Suplente y, autorizada por doña LIA ROSSANA SEPULVEDA ñ VASQUEZ, Secretaria Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en Santiago, veintiséis de Marzo de dos mil dieciocho.

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

LA EXTENSIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

MERUANE OSORIO, DIONE

Editorial El Jurista, Santiago de Chile, 1° edición, septiembre de 2018.

Recientemente ha sido publicado por la Editorial El Jurista (septiembre de 2018), el primer libro de la abogada y ayudante ad-honorem de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Srta. Dione Meruane Osorio, titulado *“La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional”*, base de la que fuera su memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Se trata de una investigación científica seria que analiza de manera magnífica un tema inexplorado hasta ahora por la doctrina chilena.

El objeto de análisis elegido por la Srta. Meruane no sólo es interesante desde un punto de vista jurídico, sino además actual, por cuanto el legislador chileno utilizó la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la elaboración de la Ley N° 19.971, de 2004, que regula esta materia en nuestro país, no existiendo hasta ahora en nuestra doctrina estudios científicos que se hayan detenido a explorar un tema conocidamente complejo como lo es la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias.

En términos formales la investigación consta de tres capítulos, precedidos de una breve introducción, y finalizada con las necesarias conclusiones y bibliografía.

La hipótesis general planteada por la autora es, en verdad, bastante concreta: *¿Es posible defender en Chile la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarios?* Para ello, ha utilizado una metodología simple pero efectiva al momento de demostrar el reconocimiento legal y jurisprudencial que podría darse en Chile a este complejo tema, aunque el legislador no haya sido explícito al respecto.

En el capítulo I titulado *“El acuerdo arbitral y su alcance: ¿Puede extenderse a terceros?*, la autora analiza correctamente el acto jurídico que le da vida al arbitraje y que el profesor Aylwin ha calificado como la verdadera *“piedra angular”* de este método de solución de controversias. Sobre el particular, la Srta. Meruane, estudia el llamado *“principio de separabilidad”* de la cláusula arbitral, explicando la importancia de la voluntad manifestada por el no signatario como requisito esencial para discutir la extensión de sus efectos a terceros. En este apartado, resulta especialmente ilustrativa en la tesis el desarrollo regulatorio que es posible advertir en los Reglamentos de arbitraje más utilizados en la actualidad en la práctica arbitral: ICC; UNCITRAL; LCIA; CEA y CRS.

En el capítulo II titulado *“Teorías y jurisprudencia para la extensión de la cláusula arbitral a partes no suscriptoras”*, probablemente el más importante de todos para entender y comprender adecuadamente la complejidad del tema elegido, la Srta. Meruane, desarrolla, con particular lucidez, las diversas posiciones doctrinarias que existen entre los autores modernos para dar respuesta a la difícil pregunta de saber si los efectos positivo y negativo de un acuerdo arbitral sólo afectan a quienes lo suscriben o también es posible extenderlos a otras personas en determinados casos de particular complejidad, como ocurre por ejemplo en el caso de fusión internacional de sociedades o en aquellos casos en que se adquieren derechos asociados al arbitraje a través de sucesión por causa de muerte. Explica, de esta forma y apoyada en importantes estudios científicos, los argumentos a favor y en contra de las más relevantes

posiciones doctrinarias que se han planteado para explicar la oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, a saber: “teoría del grupo de sociedades”; “teoría del levantamiento del velo societario o alter ego”; “teoría del mandato aparente”; “teoría de la estipulación en favor de otro”; “teoría de los actos propios o *estoppel*”; “teoría del asentimiento tácito”; “transmisión o transferencia del acuerdo arbitral a través de cesión, subrogación o novación”, entre otros.

Finalmente, en el capítulo III titulado “*Análisis jurisprudencia y normativo del tema en Chile*”, la autora del libro refiere en la primera parte a una serie de casos resueltos por nuestros tribunales superiores de justicia y por paneles arbitrales, en donde, a su juicio, es posible extraer conceptos referidos al tema elegido en su investigación. Resulta destacable que cada uno de los casos que se desarrollan en este capítulo, haya sido analizado explicando con objetividad las posturas de que tuvieron ambas partes y la posición aceptada y recogida finalmente por el tribunal en su resolución, como ocurre con los casos “*Servicios Financieros Altis SA contra Grupo Casa Saba SAB. de CV*”; “*Gimaex of America llc con Junta Nacional de Cuerpo de Bomberos de Chile y otros*”; “*Áridos Larrinco Ltda. contra Sociedad Pétreos SA*”; “*Perut contra Barros*”; “*Banco del Desarrollo contra Andrés Cuneo Macchiavello*”; “*Minera Quadra Chile Limitada contra Kazazian*”; “*León Bustos, Francisco J. y otros contra Los Vasquitos SA y otros*”.

En la parte final de este capítulo la autora desarrolla las normas constitucionales, legales y reglamentarias existentes en Chile que podrían servir de base para justificar la procedencia de la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, especialmente ante la inexistencia de disposiciones expresas que regulen esta materia en nuestro país, inclusive en la Ley N° 19.871, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esto último es importante, pues como bien es sabido la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, no fue pensada como un texto de “*Derecho Uniforme*” –técnica utilizada por la Comisión en la elaboración de otros instrumentos-, sino como una pauta de ayuda para que los legisladores internos elaboraran sus propias normativas, de modo tal que el legislador chileno podía haberse hecho cargo de este importante tema, evitando especulaciones y controversias a nivel científico y jurisprudencial, al reglamentar el arbitraje comercial internacional.

El libro contiene además unas interesantes propuestas personales de su autora sobre la forma en que podría reconocerse en Chile la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios.

La dedicación, inteligencia y perseverancia de la Srta. Dione Meruane, son garantías bastantes que permiten augurar un futuro prometedor en el campo del Derecho internacional privado, en general, y en el arbitraje comercial internacional, en particular.

Hago votos para que este primer libro de Dione marque el inicio formal de su carrera académica en el campo del Derecho internacional privado, exhortándola a que el espíritu de lucha y personalidad que adquirió de la educación de su madre y que también ha forjado durante estos años en las entrañas de la Universidad que tanto ama, los utilice durante toda su vida profesional al servicio de los demás, cumpliendo así sus sueños y desafíos.

Eduardo Picand

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

DOCUMENTOS

ACTA PRIMERA REUNIÓN DE TRABAJO COMISIÓN TÉCNICA PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En Santiago, a 02 de agosto de 2018, siendo las 15:30 horas, con la asistencia de las personas que se individualizan en la presente Acta, se da inicio en la Sala de Reuniones del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la primera sesión de la Comisión Técnica que tendrá a su cargo la elaboración de un texto técnico que sirva de base para un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, en cumplimiento y ejecución del “*Convenio de Cooperación entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI)*”, de 02 de octubre de 2017.

1.- Palabras de bienvenida

El Sr. Eduardo Picand, en nombre de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, inicia la reunión, dando la bienvenida a los integrantes de la Comisión Técnica presentes en la Sala.

A continuación, el Sr. Carlos Gómez, Jefe de Gabinete del Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos, hace uso de la palabra, explicando la importancia del trabajo que desarrollará la Comisión Técnica a efectos que Poder Ejecutivo cuente con un texto técnico que permita presentar un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para nuestro país.

2.- Objeto de la Reunión y Discusión

El Presidente de ADIPRI señala que el objeto de la presente reunión es dar inicio formal al trabajo que desarrollará la Comisión Técnica, presentar a sus integrantes, fijar normas de procedimiento y distribuir el trabajo que se desarrollará durante las próximas sesiones.

3.- Asistentes y Miembros de la Comisión

Asistieron a la reunión y forman parte de la Comisión Técnica las siguientes personas:

- **Javiera Verdugo Toro**, Abogada Jefe de la Oficina de Derecho Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial (asistió).
- **Fernanda Sepúlveda**, Abogada de la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial (asistió).
- **Carlos Villarroel Barrientos**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (asistió).
- **Gabriel Villarroel Barrientos**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (asistió).
- **Eduardo Picand Albónico**, Presidente de ADIPRI, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile (asistió).
- **Ignacio García Pujol**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (asistió).
- **María Gabriela González**, Abogada de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Internacionales (asistió).
- **Constanza Reyes Sabag**, Subdirectora de la Dirección de Asuntos Internacionales, Cooperación Internacional y Derechos Humanos de la Excm. Corte Suprema (asistió).

- **Francisca Terminel Salinas**, Jefa de Área de Cooperación Judicial Internacional de la Dirección de Asuntos Internacionales, Cooperación Internacional y Derechos Humanos de la Excma. Corte Suprema (asistió).
- **Camila Castillo Peñaloza**, Abogada de la Dirección de Estudios de la Excma. Corte Suprema (asistió).
- **Pablo Mahu Martínez**, Profesor Instructor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile (asistió).
- **María Ignacia Vial Undurraga**, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Los Andes (asistió).
- **Carlos Gómez Cruz**, Jefe de gabinete del Ministro de Justicia y Derechos Humanos (asistió).
- **Carolina Zamar Rabajille**, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (asistió).
- **Raúl Campusano Droguett**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad del Desarrollo (asistió).
- **Felipe Zaldívar**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- **Carlos Bellei Tagle**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Alberto Hurtado
- **Samuel Fernández**, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Central de Chile.
- **Rodrigo Gil Ljubetic**, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.
- **Hugo Llanos Mansilla**, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Central.
- **Hernán Ríos de Marimón**, Profesor antiguo de Derecho Internacional Privado de la Universidad Finis Terrae.

De igual forma, integrarán la Comisión los siguientes abogados que se encuentran actualmente en el extranjero:

- Sebastián Coulon
- Jaime Gallegos
- Kristoffer Verbeken
- Francisco Grob
- Jorge Schelyer
- Héctor Loyola.

4.- Designación de Secretarías de Comisión

Se nombre como Secretarías de la Comisión a las ayudantes ad honorem del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, **Srta. Camila Quintana** y **Srta. Dione Meruane**.

5.- Entrega de materiales de trabajo

Los asistentes reciben al inicio de la Reunión una carpeta y pendrive con distintos documentos para dar inicio al trabajo de la Comisión, a saber: Acuerdo de Cooperación de 02 de octubre de 2017; Compendio de legislación extranjera de Derecho Internacional Privado; Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado, entre otros insumos.

6.- Texto base. Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado

Sin perjuicio del trabajo que desarrolle la Comisión durante los próximos meses, se acuerda estudiar y analizar, como texto de inicio, la Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado, para fijar los contenidos básicos que debiera contener el texto técnico que se

elaborará, teniendo en cuenta que se trata de una Ley Modelo completa y actualizada, aprobada recientemente como ley en República Dominicana, y que regula cuatro materias fundamentales que debiera incluir el texto técnico que elaborará la Comisión, a saber: Competencia Judicial Internacional, Derecho Aplicable, Reconocimiento Extraterritorial de Actos y Decisiones y Cooperación Jurídica Internacional. Al respecto, la Profesora María Ignacia Vial agrega que además de ser reciente, recoge la tradición francesa, por lo que es ad-hoc para nuestro país.

De igual forma, los integrantes de la Comisión estiman necesario la recopilación de las normas chilenas más importantes en materia de Derecho Internacional Privado, así como de los Convenios vigentes en la materia.

7.- Formación de Subcomisiones de trabajo

Se acuerda la constitución de Subcomisiones de trabajo que se hagan cargo de analizar las distintas materias de Derecho Internacional Privado. Cada una de ellas estará integrada por un coordinador y podrán integrarse a ella los profesores de la Comisión que así lo deseen.

El Coordinador de la respectiva Subcomisión tendrá la tarea de recopilar las diversas opiniones y sugerencias que reciba de los profesores hasta 5 días antes de la próxima sesión de trabajo, debiendo exponer en la siguiente Reunión de la Comisión el trabajo realizado y las conclusiones alcanzadas por sus integrantes a efectos que sean debatidas en general por los integrantes de la Comisión.

Las Subcomisiones de trabajo acordadas son las siguientes:

a. Competencia Judicial Internacional

- Eduardo Picand Albónico (UCH. Coordinador)
- Pablo Cornejo Aguilera (UAI)
- Pablo Mahu Martínez (UCH)
- María Ignacia Vial Undurraga
- Dirección de Estudios de la Excma. Corte Suprema
- Carolina Zamar Rabajille (PUC – UGM)
- Héctor Loyola (UCH)
- Sebastián Coulon (UCH)
- Jorge Schleyer (UCH)
- Francisco Grob (PUC)

b. Derecho Aplicable: Parte General

- María Ignacia Vial (U. de Los Andes. Coordinador)
- Carlos Villarroel Barrientos (PUC)
- Gabriel Villarroel Barrientos (PUC)
- Felipe Zaldívar (PUC)
- Héctor Loyola (UCH)
- Kristoffer Verbekken (PUC)
- Jorge Schleyer (UCH)
- Jaime Gallegos (UCH)
- Eduardo Picand (UCH)

c. Derecho Aplicable: Estatuto Personal y Bienes.

- Eduardo Picand Albónico (UCH. Coordinador)
- Gabriel Villarroel Barrientos (PUC)
- Carlos Villarroel Barrientos (PUC)
- Felipe Zaldívar (PUC)
- Kristoffer Verbekken (PUC)
- Samuel Fernández (UCEN)

d. *Derecho Aplicable: Contratos Internacionales y forma.*

- María Ignacia Vial Undurraga (U. de Los Andes. Coordinadora)
- Ignacio García Pujol (PUC)
- Héctor Loyola (UCH)
- Eduardo Picand (UCH)
- Sebastián Coulon (UCH)
- Jorge Schleyer (UCH)
- Jaime Gallegos (UCH)
- Francisco Grob (PUC)

e. *Derecho Aplicable: Derecho de Familia Internacional y Sucesiones.*

- Pablo Cornejo Aguilera (UAI. Coordinador)
- María Gabriela González (DIJUR)
- María Ignacia García Undurraga (U. de Los Andes)
- Pablo Mahu Martínez (UCH)
- Carlos Bellei (UAH)
- Ignacio García Pujol (PUC)
- Javiera Verdugo (CAJ)
- Carolina Zamar Rabajille (PUC)
- *Carolina Von Schakmann (SENAME)*
- Carlos Bellei (UAH)

f. *Reconocimiento Extraterritorial de Actos y Decisiones.*

- Eduardo Picand (UCH. Coordinador)
- Francisca Terminel Salinas (Corte Suprema).
- Ignacio García Pujol (PUC)
- María Gabriela González (DIJUR)
- Carlos Bellei Tagle (UAH)
- Sebastián Coulon (UCH)
- Jorge Schleyer (UCH)
- Francisco Grob (PUC)

g. *Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil.*

- María Gabriela González (DIJUR. Coordinadora)
- Eduardo Picand Albónico (UCH)
- Raúl Campusano Droguett (UDD)
- Francisco Grob (PUC)
- Francisca Terminel Salinas (Corte Suprema).
- Javiera Verdugo (CAJ)

h. *Obligaciones extracontractuales.*

- Pía Moscoso (U. de Atacama. Coordinadora)

i. *Levantamiento Información Tratados Internacionales de Dipri que deben ser Ratificados o Adheridos por Chile.*

- Ignacio García Pujol (PUC. Coordinador)
- Jaime Gallegos (UCH)
- Kristoffer Verbekken (PUC)
- Sebastián Coulon. (UCH)
- Eduardo Picand (UCH)

7.- Otros temas abordados.

El profesor Gabriel Villarroel señala que posterior a la elaboración de un borrador de Proyecto de Ley, existe un trabajo posterior distinto, que dice relación a la adaptación de otras normas vigentes, por lo que considera que podría constituirse otra Sub-comisión que haga una revisión y coordinación con otras normas vigentes. Al respecto, el profesor Carlos Villarroel agrega que no cabe duda que habrá que poner especial atención a la Sub-comisión que trate Estatuto Personal, debido al arraigo que tienen las normas vigentes, especialmente las del Código Civil, por lo que propone abocarse en un principio a Competencia Judicial Internacional, legitimando el trabajo de la Comisión, para luego revisar otras normas. En virtud de lo anterior, se produce un intercambio de opiniones acerca de si sería mejor una revisión de normas, modificaciones a normas o una ley completa, a lo que se concluye que hay que atenerse a lo suscrito en el Convenio, que contempla un texto completo, sin perjuicio del material que finalmente pueda utilizar el Ministerio de Justicia en la presentación del Proyecto de Ley.

8.- Coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos respecto al trabajo que desarrolla Comisión de Reforma Procesal Civil.

El Sr. Carlos Gómez, Jefe de Gabinete del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, advierte sobre la necesidad que la Comisión Técnica, durante el desarrollo de su cometido, mantenga estrecha relación y coordinación con el trabajo que realiza la Comisión a cargo de la Reforma Procesal Civil, también liderada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En este punto, el Sr. Gómez, compromete realizar la coordinación necesaria con la Dirección Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a efectos de que algún integrante de la Comisión Técnica pueda asistir a las reuniones de la Comisión de Reforma Procesal Civil, a efectos de mantener unidad en todas las materias en que pudieran converger ambas Comisiones (exhortos internacionales; exequátur; Derecho extranjero; Competencia Judicial Internacional, entre otras). A estos efectos, el Sr. Eduardo Picand, Coordinador de la Subcomisión de Competencia Judicial Internacional, será punto de contacto para dicha Comisión y asistirá, en la medida que así se requiera, a las reuniones en que sea convocado.

9.- Lugar, fechas y horarios de las próximas reuniones de trabajo de la Comisión y entrega de conclusiones por cada Subcomisiones:

La Comisión acuerda que las reuniones se llevarán a cabo en el Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin perjuicio que con la debida anticipación, pueda fijarse otro lugar para las sesiones de trabajo.

De igual forma, se acuerda por unanimidad que las reuniones se realizarán los primeros jueves de cada mes, y comenzarán a las 15:30 horas.

Los integrantes de la Comisión acuerdan las siguientes fechas de reunión:

- Jueves 6 de septiembre de 2018.
- Jueves 4 de octubre de 2018.
- Jueves 8 de noviembre de 2018
- Jueves 6 de diciembre de 2018
- Jueves 10 de enero de 2019
- Jueves 7 de marzo de 2019

8.- Quórum para Aprobar Acuerdos y Conclusiones:

Las materias que se discutan en la Comisión Técnica serán aprobadas por mayoría simple de los Miembros presentes en la respectiva reunión. El Texto Técnico final será aprobado por mayoría absoluta de los Miembros de la Comisión.

9.- Costos:

El trabajo y participación de los integrantes de la Comisión será gratuito y no irrogará costo alguno para la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin perjuicio de aquellos costos que cada una de ellas asuma de manera individual para el trabajo de la Comisión.

Siendo las 17:07 horas, se pone término a la primera Sesión de la Comisión, y quedan todos los integrantes presentes en Sala notificados personalmente para la próxima reunión de 06 de septiembre de 2018, a las 15:30 horas.

EDUARDO PICAND ALBÓNICO
PRESIDENTE ADIPRI

CAMILA QUINTANA CASTILLO
SECRETARIA COMISIÓN

NOTICIAS

IV JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Universidad de Atacama
7 y 8 de diciembre de 2017
Copiapó – Bahía Inglesa



UNIVERSIDAD
DE ATACAMA

En las ciudades de Copiapó y Bahía Inglesa se desarrollaron con éxito las IV Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), cuyo anfitrión en esta oportunidad fue la Universidad de Atacama.

El evento académico fue inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Mario Maturana y contó con la participación de destacados catedráticos nacionales y extranjeros, entre ellos: Dr. Gilberto Boutin (Universidad de Panamá); Dra. Vega Viegas-Liquidato (Universidad de Sao Paulo, Brasil); Prof. Sergio Cortés (U. de Chile); Sr. Mario Yutronich (U. del Desarrollo); Dra. Pía Moscoso (U. de Atacama); Prof. Esteban Ovalle (Ovalle y Cía); Prof. Eduardo Picand (U. de Chile); Prof. Pablo Cornejo (U. Alberto Hurtado); Prof. Alfredo Ferrante (U. Alberto Hurtado); Prof. Alamiro Alfaro (U. de Atacama); Prof. Manuel Morales (U. de La Frontera) y Prof. Juan Ignacio Contardo (U. Diego Portales).

La interesante temática abordada en las Jornadas congregó el interés masivo de Abogados, estudiantes y jueces de la III Región de Atacama.

PROGRAMA

IV JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- **Jueves 7 de diciembre 2017.** Salón de Juicio Oral. Facultad de Ciencias Jurídicas. Área Sur. Universidad de Atacama.
- **Viernes 8 de diciembre 2017.** Hotel Rocas de Bahía. Bahía Inglesa.

JUEVES 7 DE DICIEMBRE 2017

Salón de Juicio Oral. Facultad de Ciencias Jurídicas. Área Sur. Universidad de Atacama.

8:00 – 9:00 hrs.	Acreditación
9:10 – 9:15 hrs.	Saludos y palabras, Decano de la Facultad de Cs. Jurídicas de la Universidad de Atacama, Señor Mario Maturana Claro.
9:16 – 9:20 hrs.	Saludos y palabras, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, Señor Eduardo Picand Albónico.

9:25 - 9:55 hrs. Clase Magistral de apertura: “*Concurrent Delays (Atrasos Concurrentes) en los contratos de construcción según el derecho comparado*”. **Sr. Esteban Ovalle Andrade.**

Máster en Derecho Privado. Arbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Panel 1: **“Temas de Responsabilidad Internacional de empresas en el rubro de los recursos naturales”**

Moderador: Sr. Felipe Ulloa Cruz. Director del Departamento de Ciencias Jurídicas UDA.

10:11 – 10:30 hrs. “*Competencia Judicial Internacional por daños extracontractuales de empresas internacionales o grupos de empresas en el rubro minero*” **Señora Pía Moscoso Restovic**

Abogada. Magíster en Derecho de Minas por la Universidad de Atacama. Especialista en Derecho del Medio Ambiente. Doctora en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Coordinadora del Programa de Magister en Derecho de Minería de la Universidad de Atacama. Miembro de la Sociedad De Derecho Internacional LASIL-SLADI. Miembro de la Asociación chilena de Derecho Internacional Privado ADIPRI.

10:31 – 10:50 hrs. “*Reflexiones sobre la servidumbre judicial minera, expropiación indirecta y la Responsabilidad del Estado en materia Internacional*” **Señor Mario Yutronich Santiago.**

Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Abogado. Graduate Certificate in International Contracts & Business Law, American University, Washington College of Law. Diplomado en Planificación Tributaria, Escuela de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Minero, Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente, cursa Magíster en Derecho Minero, en la Universidad de Atacama.

10:51 – 11:10 hrs “*Responsabilidad Internacional do Estado: avanços e desafios para la empresa*” **Señora Vera Lucia Viegas Liquidato.**

Abogada por la Universidad de São Paulo. Doctora en Derecho Internacional por la misma institución. Estancias en Alemania-Heidelberg, Italia – Roma, España- Granada. Especialización por la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Profesora de la Fundación Escola de Comércio Álvares Penteado y de la Facultad de Derecho de la Universidad São Bernardo do Campo.

11:15 – 11:30 hrs. Ronda de preguntas.

11:30 – 11: 45 hrs Café (Sala de Estar Planta Baja)

11:45 – 12:05 hrs. “*La jurisdicción internacional frente al Nuevo Derecho Internacional Público como medio de solución de las Controversias y sus Criterios Doctrinarios*”, **Señor Daniel Álvarez Soza.**

Abogado. Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Mendoza. Director de la carrera de Derecho de la Universidad de Aconcagua. Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de La Serena.

12:06 – 12:30 hrs. “*Estándar de conducta en contratos de Joint Venture en el sector energía y recursos naturales: problemas en torno a la elección del derecho aplicable y mecanismos de resolución de controversias*”. **Señor Alamiro Alfaro Zepeda.**

Abogado, especializado en Derecho energético y recursos naturales. Master of Energy and Resources Law, University of Melbourne.

12: 31 – 12:50 hrs. “*Problemas que plantean las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en los casos de deuda soberana a propósito del caso de los fondos buitres contra Argentina*”. **Señor Sergio Cortés Beltrán.**

Abogado por la Universidad de Chile. Magister por Universiteit Brussel. Magister en Contratación Comparada e Internacional de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Comercial en diversas Universidades. Profesor de postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

12:51 – 13:00 hrs. Ronda de preguntas.

13:00 – 15:00 hrs. Almuerzo libre

Panel 2:

“*Contratación Internacional: temas actuales*”

14:30 - 15:00 hrs. Acreditación

Moderadora: Sra. Pía Moscoso Restovic Profesora de Derecho UDA.

15:10 – 15:30 hrs. “*Contratos Internacionales del Estado y su Regulación en Chile*”. **Señor Eduardo Picand Albónico.**

Presidente de la Asociación chilena de Derecho Internacional Privado Magister en Derecho Internacional de la Universidad de Chile. Miembro de Número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

15:31 – 15:50 hrs. “*El Principio Locus Regit Actum en Chile: Actualidad Jurisprudencial*”. **Señor Manuel Morales Henríquez.**

Abogado. Magister en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Director de Vinculación con el Medio Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales. Universidad de la Frontera. Temuco – Chile. Juez de Policía Local (JPL) en la comuna de Toltén.

16:51 – 16:10 hrs. “*Aplicación del artículo 7 inciso 1º de la CISG a sus normas sobre formación y modificación de contratos cuando una de las partes tenga asiento en Chile o la ley del foro sea la chilena y a los remedios por incumplimiento contractual. A propósito de una sentencia reciente de la Corte Suprema*”. **Señor Juan Ignacio Contardo González.**

Abogado por la Universidad Adolfo Ibáñez. Magister en Investigación Jurídica, Universidad de los Andes. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Civil en Universidad Diego Portales.

16:11 - 16:30 hrs. Ronda de Preguntas.

16:30 – 16: 45 hrs. Café (Sala de Estar Planta Baja)

16:51 – 17:10 hrs. “*La garantía del consumidor en la compraventa internacional*”. **Señor Alfredo Ferrante.**

Licenciatura italiana (“Laurea”) en Derecho. Universidad de Pisa. Licenciatura española en Derecho por la Universidad de Oviedo. Doctor Europeo en Derecho Civil cum laude por la Universidad de Oviedo. Premio Sancho Rebullida (XV edición), para la mejor tesis doctoral española en Derecho Civil en 2013. Miembro del European Law Institute (ELI), de la Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC), de la International Society of Family Law (ISFL), de la Association Henri Capitant des amis culture juridique française, de la Red Española de Derecho Privado y Comparado y de la Cátedra de Distribución Comercial del a Fundación Ramón Areces.

17:11 – 17:30 hrs. “Protección del Consumidor Internacional en acuerdos sobre elección de foro”. Señor **Pablo Cornejo Aguilera**.

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Master, Droit comparé et international, Université de Lausanne. Abogado Asesor en la Comisión de Probidad y Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2011-2012).

17:31 – 17:50 hrs. **Clase Magistral.** Invitado Internacional “Régimen aplicable a los contratos internacionales”, Señor **Gilberto Boutin Icaza**.

Doctor en Derecho Internacional Privado. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Director de la Revista Lex del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Miembro del International Association of Legal Science de l' UNESCO. Corresponsal de UNIDROIT. Colaborador del Max Planck Institute de Hamburgo, Alemania. Afiliado a la Association Henri Capitant Paris y a la Société de Legislation Comparée de Francia, Miembro de la Association Suisse d' Arbitrage de Basilea.

17:51 – 18:00 hrs. Ronda de Preguntas.

VIERNES 8 DE DICIEMBRE 2017

Salón de eventos. Hotel Rocas de Bahía. Bahía Inglesa

9:00 – 10:00 hrs. Traslados desde Copiapó – Hotel Chagall a Bahía Inglesa –Hotel Rocas de Bahía.

10:00 – 10:30 hrs. Acreditación.

10:31 – 11:00 hrs. Lanzamiento de Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año 3 Número 3. Noviembre del 2017.

11:00 – 11:15 hrs. Palabras de Cierre de las Jornadas, Señora **Pía Moscoso Restovic**. Coordinadora IV Jornadas de Derecho Internacional Privado.

- **Actividades libres de Camaradería y visitas turísticas inscritas.**



*En la fotografía: Prof. Mario Maturana
(Decano de Derecho de la Universidad de Atacama)*



En la fotografía: Prof. Gilberto Boutin (U. de Panamá).



En la fotografía: Sr. Esteban Ovalle (Ovalle y Cía).



En la fotografía: Prof. Cristián Cabrera (U. Central) y Prof. Manuel Morales (U. La Frontera).



En la fotografía: Prof. Pablo Cornejo (U. Alberto Hurtado); Dra. Vera Viegas-Liquidato (U. São Bernardo do Campo, Sao Paulo, Brasil); Prof. Alamiro Alfaro (U. de Atacama); Prof. Sergio Cortés (U. de Chile); Prof. Gilberto Boutin (U. de Panamá); Dra. Pía Moscoso (U. de Atacama); Prof. Alfredo Ferrante (U. Alberto Hurtado) y Prof. Juan Ignacio Contardo (U. Diego Portales).



En la fotografía: Prof. Gilberto Boutin (U. de Panamá); Prof. Mario Maturana (Decano de Derecho de la Universidad de Atacama); Prof. Pablo Cornejo (U. Alberto Hurtado); Prof. Carlos Bellei (U. Alberto Hurtado); Dra. Pía Moscoso (U. de Atacama); Prof. Alfredo Ferrante (U. Alberto Hurtado); Prof. Juan Ignacio Contardo (U. Diego Portales); Prof. Eduardo Picand (U. de Chile) y Prof. Alamiro Alfaro (U. de Atacama). Prof. Yutronic (U. de Atacama)

UNIVERSIDADES CHILENAS PARTICIPAN EN COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

En la ciudad de Bogotá, Colombia, entre los días 27 de septiembre y 01 de octubre de 2018, se llevo a cabo la “**XI Competencia Internacional de Arbitraje**”. Esta décima primera versión del torneo organizada por la Universidad de Buenos Aires- UBO- (Argentina) y la Universidad del Rosario de Bogotá (Colombia), contó con la participación de 52 Universidades de distintos países de América Latina y Francia.

Equipos representantes de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Adolfo Ibañez, participaron este 2018, con excelentes resultados para nuestro país.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), junto a la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), organizaron en conjunto, previo a que los equipos viajaran a Bogotá y con el objeto de prepararlos para la Competencia, un “Pre Moot” ante paneles arbitrales compuestos por árbitros y profesores de ambas instituciones.

Con sobrados méritos, el equipo representante de la Pontificia Universidad Católica de Chile, fue finalista de la XI versión de la Competencia Internacional, obteniendo un meritorio Segundo lugar. Por su parte, los equipos representantes de las Universidades de Chile, Adolfo Ibañez y Alberto Hurtado, obtuvieron merecidas menciones a los memoriales presentados durante la fase escrita por su alta calidad técnica.

Asimismo, cabe resaltar la destacada participación que tuvo el profesor y Miembro de ADIPRI, Alfredo Ferrante (U. Alberto Hurtado), quien fue invitado por la Organización del evento a participar como árbitro en la XI Competencia Internacional de Arbitraje.

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO



Equipo: Camilo Duarte; Prof. Pablo Cornejo (Coach); Nicolás Mezzano; Mikaela Kehsler; Victoria Acevedo; Cristóbal Paris y Franco López

PONITIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE



Equipo: Felipe León; Luis Francisco Rodríguez; Joaquín Correa; Trinidad Larrebourg; Salvador Smith; Kennya Mena; Gustavo Martín; Prof. Josefina Movillo (Coach); Prof. Josefina Silva (Coach); Camila Riquelme y Samin Yousefi

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ



Equipo: Prof. Alberto Pino (Coach); David Morgado; Catalina Salas; Prof. Carlos Correa (Coach); Bárbara Concha; Pablo Arredondo; Prof. Fernando Laiseca (Coach); Érico Kompatzki y César Guzmán

UNIVERSIDAD DE CHILE



Equipo: Prof. Eduardo Picand (Coach); Diego Montecinos; Vycoria Elgueta; Camilo Saldías y Marien Huerta

**CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
(CAM SANTIAGO) CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO**



En la fotografía: Macarena Letelier (Secretaria Ejecutiva del CAM Santiago) y Eduardo Picand (Presidente ADIPRI) entregan el premio al equipo de la Pontificia Universidad Católica de Chile que obtuvo el mejor puntaje en el Premoot organizado por dichas instituciones



En la fotografía: Prof. Ignacio García Pujol (Vicepresidente de ADIPRI); Prof. Juan Eduardo Figueroa Valdés (Arbitro CAM Santiago) y Prof. María Agnes (U. de Chile), junto a los equipos de las Universidades Alberto Hurtado y Pontificia Universidad Católica de Chile.

CONVOCATORIA

**Universidad de los Andes será la sede para las V jornadas de la
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.
ADIPRI - (16 de noviembre de 2018)**



Universidad de
los Andes



José Antonio Guzmán Cruzat

Rector

Universidad de los Andes

Eduardo Picand Albónico

Presidente

Asociación Chilena de Derecho
Internacional Privado

tienen el agrado de invitar a usted a las

***"V Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado
2018: Propuestas para una ley de Derecho Internacional Privado
Chilena".***

La actividad tendrá lugar el viernes 16 de noviembre, de 9:00 a 17:30 horas,
en el Aula Magna del edificio de Humanidades de la Universidad de los Andes
(Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes).

S.R.C.: postgrados@uandes.cl

Santiago, noviembre de 2018.



ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO