ISSN N° 0719-6261

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Volumen 9, número 1
Primer semestre 2023

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Volumen 9, número 1
Primer semestre 2023

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado - ADIPRI

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

Toda correspondencia, solicitudes de ejemplares y colaboraciones deben dirigirse a adipri2021@gmail.com

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
www.diagramador.cl

Directorio

Presidente: Sr. Ignacio García Pujol
Vicepresidente: Sr. José Luis Díez Schwerter
Secretario: Sr. Jaime Gallegos Zúñiga
Tesorera: Sra. María Elena Wurth Naveillan

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 Pereznieto Castro (México);
Rubén Santos Belandro (Uruguay); Carlos Villarroel Barrientos (Chile).
David Stewart (USA); Ana Villalta (El Salvador).

Consejo de Dirección

Edición: Jaime Gallegos Zúñiga

ÍNDICE

9 Presentación
Ignacio García Pujol

13 Los problemas generales del Derecho Internacional Privado. Posibles vicisitudes resultantes de su incorporación en las fuentes formales
Alejandro Aldo Menicocci

23 Calificación del trust en el Derecho chileno
Rodrigo José Pablo Pérez

35 La legislación societaria como herramienta para la atracción de inversiones
María Gloria Bottiglieri

47 Cuestiones sobre competencia judicial internacional y ley aplicable en la inteligencia artificial y las tendencias actuales del comercio electrónico
Carlos Domínguez Padilla

59 Alimentos internacionales, la importancia de ser considerados como categoría autónoma y el rol de la cooperación internacional al momento de hacerlos efectivos
María José Rodríguez Rocha

67 Medidas precautorias en el arbitraje comercial internacional: análisis comparativo entre el sistema chileno y el sistema español
Vicente Licci Cisternas

77 Reflexiones acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación
Manuel Ferreira Catoira

83 Aplicación del caso gleitman v. Cosgrove, la responsabilidad médica en la acción wrongful birth y la acción wrongful life y su aplicación en Colombia
Leidy Janeth Bonilla Lesmes

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La presente edición de la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado recoge las más recientes tendencias de la disciplina del Derecho Internacional Privado, tanto en Chile como en el mundo. Tal como en ediciones anteriores, la principal discusión sigue centrada en los aspectos más debatidos del Anteproyecto de ley sobre reforma al Derecho Internacional Privado chileno, cuyo objetivo fundamental es proponer alternativas de soluciones a los distintos problemas que plantea esta área de la disciplina. Ese mismo enfoque es el que ha inspirado la realización de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, que este año 2023 fueron organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Central, a quienes agradecemos nuevamente por ser anfitriones del exitoso evento de la Asociación, en el que se dieron cita académicos de Chile y del extranjero para debatir acerca de las diversas materias que ocupan a esta área del derecho.

En este número se han incluido artículos que tratan temas de vanguardia del Derecho Internacional Privado, con aportes de académicos y estudiantes de Chile, Argentina, Uruguay, Colombia y España. Es así como el profesor de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Alejandro Menicocci, nos propone un dilema acerca de las posibles vicisitudes resultantes de la incorporación del Derecho Internacional Privado en las fuentes formales, lo que en su opinión podría conspirar contra la justicia específica que inspiró a la adopción de una conexión en la norma de conflicto. El profesor chileno de la Pontifica Universidad Católica, Rodrigo Pablo Pérez, se adentra en el complejo problema de la calificación del trust en el derecho chileno, cuestionando su calidad de institución desconocida y proponiendo un método de calificación basado en Convenio de La Haya sobre ley aplicable al trust y el Código Tributario chileno, pero además sugiriendo que dicha calificación debe considerar la función que cumple el trust en cada caso concreto. La profesora de la Universidad Nacional de Córdoba, María Gloria Bottiglieri, analiza la necesidad de generar instrumentos eficientes para la atracción de inversiones extranjeras, con especial referencia a las leyes que regulan la existencia y actuación de las sociedades comerciales en el extranjero. El profesor de la Universidad de Cádiz, Carlos Domínguez Padilla, analiza las nuevas problemáticas sobre competencia judicial internacional y ley aplicable en la inteligencia artificial y las tendencias actuales del comercio electrónico planteadas por la descentralización de las redes operables en las transacciones internacionales. La profesora de la Universidad de la República, de Uruguay, María José Rodríguez Rocha, explora el tema de los alimentos internacionales, la importancia de ser considerados como categoría autónoma y el rol de la cooperación internacional al momento de hacerlos efectivos, teniendo como principal objetivo el de brindar garantías al acreedor alimentario, fundamentalmente en aquellos casos en los que se trata de un menor de edad. El profesor uruguayo Manuel Ferreira Catoira reflexiona

acerca de la convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación. Vicente Licci Cisternas, de Chile, trata acerca de las medidas precautorias en el arbitraje comercial internacional y hace un análisis comparativo entre el sistema chileno y el sistema español. Finalmente, Leidy Janeth Bonilla Lesmes analiza la aplicación del caso Gleitman v. Cosgrove sobre responsabilidad médica y su aplicación en Colombia.

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) fue creada el año 2014, con el propósito de renovar y fortalecer el estudio del Derecho Internacional Privado en Chile. Sus objetivos fundamentales son el 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 le son propios.

ADIPRI se propone reunir, sin exclusión, a todos los académicos, abogados, jueces y estudiantes que, con respeto irrestricto a la libertad, igualdad y diversidad cultural, deseen 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 es semestral y su difusión se lleva a cabo únicamente de manera electrónica –a través del correo de nuestra Asociación y en la página web www.adiprichile.cl– a profesores, estudiantes, abogados y jueces que cultivan el Derecho Internacional Privado, tanto en Chile como en el extranjero.

Esperamos que esta nueva edición de la Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado contribuya al activo debate sobre estas desafiantes temáticas, y que continúe acercando a los académicos, alumnos e interesados en estas materias.

Ignacio García Pujol
Presidente ADIPRI

ESTUDIOS

LOS PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. POSIBLES VICISITUDES RESULTANTES DE SU INCORPORACIÓN EN LAS FUENTES FORMALES

THE GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW - POSSIBLE VICISSITUDES RESULTING FROM ITS INCORPORATION INTO FORMAL SOURCES

Alejandro Aldo Menicocci*

RESUMEN

El Derecho Internacional Privado nació en un contexto cultural relativamente homogéneo, de raíz cristiana y Derecho romano en sus cimientos. La norma indirecta (de conflicto o colisión) remitía a un Derecho que, diferente al Derecho del foro, se consideraba, en justicia, el más idóneo. Tal es el fundamento de los puntos de conexión. Los problemas que aparejaba la aplicación del Derecho extranjero (entre otros, las calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, reenvío) fueron sistematizados por la doctrina y pasaron a integrar la parte general del Derecho Internacional Privado. Al ser de carácter doctrinario, la adopción de una u otra teoría por los jueces se condicionaba a la justicia material que de aquéllas resultare. Este condicionamiento se ha perdido cuando las soluciones de las teorías fueron adoptadas en fuentes formales. De resultas de ello, la solución de la aplicación de tales normas puede conspirar contra la justicia específica que inspiró a la adopción de una conexión en la norma indirecta.

PALABRAS CLAVE: *norma indirecta - problemas generales - derecho internacional privado - justicia conflictual - justicia material.*

ABSTRACT

The birth of private international law (13th century) took place in a relatively homogeneous cultural context, with Christian roots and Roman law at its base. The indirect rule (of conflict or collision) referred to a law which, different from the law of the forum, was considered, in justice, to be the most suitable. Such was the foundation of the connecting factors. The problems arising from the application of foreign law (among others, characterizations, preliminary questions, fraus legis, renvoi) were systematized by the doctrine of scholars and became part of the general part of private international law. As they were doctrinal in nature, the adoption of one or other theory by judges was conditioned by the material justice resulting from them. This conditioning has been lost when the solutions of the theories were adopted in formal sources. As a result, the solution of the application of such rules may conspire against the specific justice that inspired the adoption of a connection in the indirect rule.

KEYWORDS: *indirect rule - general problems - private international law - conflictual justice - substantive justice.*

* Profesor titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la PUCA, República Argentina. alejandro@menicocci.com.ar

1. Introducción

1.1. Un concepto meramente descriptivo y neutral del objeto del Derecho Internacional Privado -entendido como disciplina- es *si la respuesta a una situación jurídica se verá afectada por el hecho de que los elementos del problema tengan contactos con la jurisdicción de más de un estado y, en caso afirmativo, de qué manera*[1]. Sus normas versan sobre la aplicación de Derecho extranjero a casos con elementos extranjeros, establecen la jurisdicción de los tribunales para tales casos y, finalmente, los mecanismos relativos a la cooperación entre órganos de la comunidad internacional para asegurar la eficacia internacional de las decisiones de dichos órganos. Hablar de normas no significa tomar partido por alguna concepción jusfilosófica relativa al concepto mismo del Derecho: se podrá decir que al hablar de normas hablamos de todo el Derecho, o se podrá decir que al hablar de normas solo hablamos de una parte del Derecho[2]. El objeto de esta comunicación se limitará al funcionamiento de la norma indirecta (esto es, aquélla que determina la aplicación del Derecho extranjero) y preteriremos aquellos problemas relativos a la jurisdicción y la cooperación internacional.

El nacimiento del Derecho Internacional Privado (siglos XIII y XIV) con las consideraciones que glosadores y post-glosadores efectuaron sobre los límites territoriales de los estatutos, contaba con el presupuesto de la relativa homogeneidad cultural que el continente europeo debía al cristianismo y al Derecho romano, sustrato que se mantenía bajo la superficie del mosaico legislativo de los derechos locales sobre el que el *Corpus Iuris* reclamaba su superioridad axiológica[3]. A nivel epistemológico, bastó la glosa de Acursio (1182 – 1263) como argumento de autoridad para confirmar la tesis de Carolo (c. mediados del s. XII c.- post 1215) y derivar, de la Constitución Teodosiana, la piedra basal de la limitación territorial del Derecho y la escisión entre jurisdicción y Derecho aplicable: "*Argumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae non debet iudicari secundum statute Mutinae quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae*"[4].

Con la publicación del octavo volumen del *System des beutigem römischen Rechts* (1849), Savigny (1779 - 1861) produjo un giro copernicano en el abordaje del Derecho Internacional Privado: en lugar de partir del estudio acerca del límite territorial del estatuto, abordó la naturaleza del caso. Nos dice que el objeto del Derecho es la persona, primero considerada en sí misma y, luego, en sus extensiones, ya pretendiendo ejercer su poder sobre cosas, ya sobre otras personas, ya integrándose en relaciones de familia fuera de la familia primitiva, Afirmó que los casos tienen un centro de gravedad (*Sitz*) y dicha afirmación de orden ontológico fue el punto de partida para establecer relaciones entre los casos y los derechos aplicables. En

1 Weintraub, Russell J. *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd. ed., The Foundation Press, Mineola-NY, 1986, p. 1.

2 Cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho – La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes,* 7ª. ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2005; Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia,* 10ª ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

3 Ballarino, Tito, *Diritto Internazionale Privato*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1999, p. 17.

4 Aunque leído detenidamente, el Edicto de Tesalónica se asemeja más a una norma de policía que a una norma indirecta, ya que ningún indicio de tolerancia exhibe en relación con los que no admitan la santísima trinidad.

la concepción savigniana, el Derecho Internacional Privado es parte del Derecho privado y por ende, mantiene sus propias categorías[5].

1.2. Los desarrollos de glosadores y post-glosadores (siglos XIII y XIV) y la publicación del octavo volumen del *System* (1849) constituyen los dos momentos estelares en la historia del Derecho Internacional Privado. En el primero se aborda la legitimidad de la aplicación extraterritorial de un sistema de Derecho local; en el segundo, se rompe la tradición que hacía de la aplicación del Derecho extranjero una consecuencia de la *comitas* y se afirma, sin tapujos, su obligatoriedad como una derivación del Derecho Internacional Público consuetudinario[6]. Ahora bien: reflexionemos un momento sobre las consecuencias axiológicas de sendas afirmaciones. Ha de advertirse que (i) tanto la afirmación de la aplicación extraterritorial del Derecho como (ii) la obligación de aplicar Derecho extranjero implica una presunción de que el Derecho extranjero a ser aplicado reposa sobre valores compartidos por el foro. La justicia conflictual -propia del Derecho Internacional Privado- se satisface con la localización del Derecho con el cual el caso presenta los vínculos más estrechos; luego, si la solución del Derecho extranjero conculca los valores fundamentales del Derecho propio, aparece el (siempre disponible) orden público. Basta con observar las reiteradas referencias al cristianismo para advertir que la confianza sobre la cual el Derecho Internacional Privado se construyó refería a un espacio cultural restringido; las familias jurídicas no occidentales quedaban fuera del marco de los Derechos aplicables sin reserva. En este contexto situamos a la norma indirecta, no porque el Derecho Internacional Privado sea la única rama jurídica con normas indirectas (muchos derechos las tienen y el Derecho Internacional Privado[7] no es el único Derecho de colisión), sino porque la norma indirecta del Derecho Internacional Privado parece ser la más amplia en su indeterminación[8]. Tal amplitud se explica en el contexto histórico de su nacimiento y en la adopción del método indirecto como método constitutivo principal del Derecho Internacional Privado.

2. Los problemas de la norma indirecta

2.1. La problemática específica del Derecho Internacional Privado como Derecho de Derechos, constituyó la razón de la adopción de una meta-norma, esto es, una

5 Savigny, Federico, *Sistema del Derecho Romano Actual*, vol. VI (M. Ch. Genoux tr, Jacinto Mesía y Manuel Poley, tr, F. Góngora y Compañía editores, 1879, p. 131.

6 Savigny, cit. (n. 5), p. 139.

7 Goldschmidt, Werner, *Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo*, en *Estudios Jusprivatistas Internacionales,* Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1969, p. 283.

8 Los sistemas normativos tienen, en distintas ramas, normas indirectas. El Derecho transitorio, cuyas normas indirectas refieren a las reglas del pasado o del porvenir; el Derecho del consumo, refiriendo al Derecho del proveedor o del consumidor; el Derecho interpersonal, refiriendo al Derecho común o al del pueblo originario. Sin embargo, estas normas indirectas generalmente se inclinan por una determinada solución del Derecho elegido y lo condicionan materialmente. El Derecho transitorio, por ejemplo, suele considerar la aplicación inmediata de la nueva ley, pero ampara las nuevas situaciones ante derechos adquiridos. El Derecho interpersonal suele restringir el alcance del Derecho no común a aspectos relativos al Derecho de familia, o cuestiones de Derecho penal no muy significativas. La norma indirecta de Derecho Internacional Privado no vincula dos tiempos (pasado o futuro) o dos categorías de Derechos personales (comerciantes y no comerciantes, consumidores y no consumidores) sino que la relación se establece con los derechos de toda la comunidad internacional.

norma que regula la construcción de otras normas[9]: la norma indirecta. Esta norma –que podría incorporarse como regla terciaria en la clasificación *hartiana*[10] de reglas primarias y secundarias- designa, en el sistema normativo al cual pertenece, el espacio normativo de otro sistema jurídico con respecto del cual no es jerárquicamente superior[11]. Este tipo de reglas operan como una consecuencia necesaria del pluralismo jurídico, estableciendo relaciones entre sistemas con carácter heterárquico (horizontal) pues ninguna jerarquía existe entre el sistema propio y el extranjero.

Casi todo el arsenal conceptual que la doctrina fue elaborando a lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado se originó a raíz de los problemas que presentaba el funcionamiento de la norma indirecta. Sin ánimo exhaustivo, pensamos en las teorías acerca del conflicto de calificaciones[12], la cuestión previa[13], el fraude a la ley[14], el reenvío[15], la calidad del Derecho extranjero y la teoría del uso jurídico[16]. Esta riquísima elaboración teórica adquirió un rol protagónico en el tratamiento de los casos mixtos[17] aunque el relativo peso de la doctrina con relación con las fuentes formales y a la jurisprudencia hacía que la adopción de una u otra teoría fuera, no pocas veces, objeto de un examen especulativo, esto es, del resultado de la solución que, en términos de justicia material, consolidare la situación más razonable desde el punto de vista del foro[18].

2.2. Mientras las teorías se mantuvieron como tales (en el ámbito de la doctrina), el órgano aplicador contaba -como dijimos- con cierto margen de discrecionalidad (dicho en términos kelsenianos, dentro del marco de posibilidades)[19]. Las reglas de Derecho Internacional Privado se limitaban a la solución de los problemas de Derecho aplicable, o de jurisdicción, o cooperación. No había -con excepción del orden público- reglas que abordasen los problemas generales de la norma indirecta. Solo existían reglas para los casos específicos del Derecho privado, y estas reglas estipulaban una conexión acorde a la concepción que, del problema, se tenía en el Derecho del foro. Esta conexión se fundaba, ya en la confianza de derivar la solución de justicia a la localización territorial de su sede (asiento o *Sitz*), ya anticipando una conexión que aseguraba una respuesta, una finalidad axiológica desde la perspectiva foral. Al adoptarse la ley nacional o de

9 Bunge, Mario, *Social Science under Debate - A Philosophical Perspective,* University of Toronto, Toronto, 1998, p. 361.

10 Hart, Herbert, *The concept of Law*, 2ª. ed., *Clarendon Press · Oxford*, 1994, p. 79 y ss.

11 Michaels, Ralf, *Tertiary Rules*, en Krisch, N. (ed.) *Entangled legalities beyond the State,* OUP, Oxford, 2021, p. 424, 448 https://www.cambridge.org/core/books/entangled-legalities-beyond-the-state/tertiary-rules/F15E9A7E7DDC082173797588E6C272BB

12 *Cour d`Alger* (Francia) 24 décembre 1889, *Bartholo,* Clunet, 1891, p. 1171.

13 *Cour de Cassation* (Francia) 21.04.1931, *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupoulle,* Revue de Droit International Privé, 1932, p. 526. https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6290351h/f536.item.

14 *Cour de Cassation* (Francia), 18 mars 1978, https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-chambre-civile-2/

15 *Cour de Cassation* (Francia) 24 juin 1878 ; Cour *de Cassation* (Francia) 22 février 1882, Batiffol, Henrí y Lagarde, Paul, *Traité de Droit International Privé,* vol. 1, 8e. éd, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 492.

16 Cook, Walter, «*The logical and legal bases of the conflict of laws*», *Yale Law Journal*, vol. 33, 1924, p. 457; Goldschmidt, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 2ª ed., E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, p. 372

17 Loussouarn Yvon, Bourel, Pierre, de Vareilles-Sommières, Pascal, *Droit international privé,* 10ª ed., Dalloz, Paris, 2013, p. 33

18 Richman, William, Reynolds, William, Whytock, Christopher, *Understanding Conflict of Laws,* 4th. ed., Carolina Academic Press, Durham, 2013, p. 151.

19 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho,* 9ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1970, p. 163 y ss.

residencia habitual común a los fines de determinar la validez del matrimonio, se lo concibe como un despliegue del estatuto personal de los contrayentes que, sin embargo, hay que preservar. Por ello se agrega a aquellas conexiones la *lex loci celebrationis,* como un comodín que, en aras de obtener matrimonios válidos, se suma a las conexiones anteriores (artículos 34 y 35 del anteproyecto de la ley chilena). Podemos decir, sin hesitación, que las conexiones utilizadas en la norma indirecta han sido determinadas por una razón de justicia material[20].

2.3. Muchas teorías relativas a los problemas de la norma indirecta han sido convertidas en fuentes formales[21]. La tendencia es plausible, pues -en términos de filosofía política- saca normas del aristocrático y críptico refugio académico y las convierte en un producto sometido al *test* de la democracia. Sin embargo, esta formalización implica, en nuestros sistemas, la asunción de una determinada y superior jerarquía. Ya no se tratará de una opinión, o de la opinión de varios, o unánime, de aquéllos que profesen nuestra disciplina; hay aquí un *upgrade* que coloca a una teoría entre las fuentes del Derecho (artículo 1° Código Civil chileno). Y como este precepto señala, la norma manda, permite o prohíbe. Con la introducción de normas que abordan los problemas generales del Derecho Internacional Privado (esto es, aquéllas cuyo material estimativo son las vicisitudes propias del Derecho Internacional Privado) hemos superado las carencias históricas (o lagunas) por la ausencia de norma. Sin embargo, otro tipo de problemas se presentan y son las -conjeturables- carencias (lagunas) axiológicas.

3. Los sistemas de Derecho Internacional Privado y sus eventuales inconsistencias

3.1. Cuando hablamos de un sistema de normas hablamos de algo más que de un conjunto de reglas ordenadas. Las reglas hacen referencia a un conjunto de razones que pretenden regular, de manera coherente, nuestras acciones. Un primer grupo estipula sus modalidades deónticas, por lo que habrá conductas permitidas, prohibidas y obligatorias. Un segundo grupo de reglas establece poderes. Las normas de Derecho Internacional Privado no presentan ninguna diferencia especial con respecto a otras normas jurídicas, ni un sistema de Derecho Internacional Privado es distinto a cualquier otro sistema del Derecho privado.

La completitud de un sistema normativo no despeja la existencia de lagunas (carencias): aquéllas pueden ser de tipo histórico (no hay norma) o axiológica (la norma es inicua). Mientras las primeras son consecuencia del olvido, descuido del

20 Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado,* 6a. ed., T.I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 515.

21 Los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo (1889, artículo 4; 1940, artículo 4) solamente refieren al orden público. La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979) ha incorporado un tratamiento singular en el derecho transitorio (artículo 1), prevenido contra las teorías de la jerarquización en la cuestión previa (artículo 8), condenado el fraude a la ley (artículo 6) y adoptado la teoría del uso jurídico (artículo 8). El anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile se enrola en la tendencia de formalización. Su artículo 16 adopta la teoría del uso jurídico en materia de aplicación del derecho extranjero (…*tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece…*"). En el artículo 18 se adopta el reenvío en su referencia máxima. La teoría de las calificaciones en su versión de la *lex civilis fori* tiene recepción en su artículo 19. La teoría de la equivalencia, en materia de cuestión previa, es abrazada por el artículo 21. El fraude a la ley es condenado en el artículo 23. El artículo 24 refiere a las normas de un Estado plurilegislativo y remite a las reglas del Estado para determinar el ámbito de aplicación de las reglas de los Estados que lo integran.

autor de las normas o de una novedad científico-técnica (al tiempo de la creación de la norma no podía preverse el hecho a regular), las lagunas axiológicas son injusticias (en términos de irrazonable tratamiento) que el sistema normativo da a un problema determinado en relación con otro problema determinado. Adviértase que no hablamos aquí de una solución que podría parecer más o menos justa de acuerdo con un determinado sistema moral, sino de una inconsistencia propia del mismo sistema que, en una determinada situación, resuelve de manera inconsistente frente a otra situación análoga.

3.2. Entendemos la laguna axiológica como la omisión de un elemento o propiedad relevante que, de haberse tenido en cuenta por el legislador, lo hubiera llevado a adoptar una solución distinta a la prevista por la norma[22]. La laguna axiológica –vale la pena insistir– no es el equivalente a una solución inadecuada del sistema normativo: si el legislador ha considerado todas las razones y aun así llevó a cabo una solución inadecuada en la norma, no hay laguna axiológica, sino un defecto axiológico del sistema. Un ejemplo permitirá explicar nuestro uso de la expresión. Hasta la sanción de la ley n° 21.400, muchos hubiéramos podido decir que el Derecho de familia chileno tenía una solución inadecuada respecto al matrimonio, al no admitirlo entre personas del mismo sexo, discriminando a aquéllos que, por su orientación sexual, no deseaban matrimonios heterosexuales. Sin embargo, no podía considerarse una laguna axiológica, pues se trataba de una opción valorativa y, así como existen diferentes sistemas morales, existen distintos sistemas normativos.

La laguna axiológica exige otro abordaje. Supone, como dijimos, la omisión de una propiedad relevante en la adopción de una solución normativa. Como observamos anteriormente, el anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado ha adoptado la *lex loci celebrationis* siguiendo una tradición inclaudicable de la disciplina: evitar matrimonios claudicantes. El *favor matrimonii* se destaca en el proyecto (artículo 34). Esta elección no supone abdicar de las conexiones que, en tanto estatuto personal, se presentan como más acordes (la ley nacional o de residencia habitual común); sin embargo, se suma a aquéllas la *lex loci celebrationis* para evitar matrimonios claudicantes. El juez que se enfrente a decidir sobre la validez de un matrimonio no chileno (esto es, celebrado en el extranjero, por extranjeros o residentes en el extranjero) no podrá echar mano directamente al Derecho matrimonial (sustantivo o material) extranjero, sino que deberá acudir al Derecho Internacional Privado de ese Derecho extranjero (artículo 18)[23]. En tal caso, puede darse la paradoja que *a mayor cantidad de derecho extranjero* (esto es, a la integralidad de aquel Derecho que supone el reenvío en su referencia máxima, como la que adopta el proyecto) más alejada será la solución del estándar que propone como tal la *lex fori*. Lo explicamos. Una pareja de marroquíes del mismo sexo celebra matrimonio en España, cuyo Derecho

22 Alchourrón, Carlos y Bulygin. Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 157.

23 Lo mismo ocurrirá con relación al problema de la covigencia (artículo 24).

somete el matrimonio a la ley de la nacionalidad[24]. El Derecho marroquí no solo desconoce el matrimonio igualitario, sino que, inclusive, lo penaliza (Código Penal, artículo 489). La aplicación del reenvío de segundo grado que el anteproyecto de la ley chilena dispone (artículo 18.3) remite al Derecho marroquí, cuyo Derecho debe aplicar "tal como lo harían las autoridades marroquíes" (artículo 16, 1). En tal caso, la aplicación sucesiva de los Derechos hispano y marroquí conduce a la fulminación de dicho matrimonio. Coadyuva en tal sentido la bilateralización del artículo 23, ya que el fraude es reprochable para el legislador chileno.

Fulminar de nulidad el matrimonio marroquí no parece ser la finalidad perseguida por el legislador chileno. Sin embargo, hemos visto que la rigurosa aplicación de las normas de su sistema de Derecho Internacional Privado le impone esa consecuencia (a no ser que eche mano a un elástico concepto de orden público). Esta consecuencia constituye una laguna axiológica, pues el legislador chileno no ha concebido que, al adoptar el reenvío como regla obligatoria (inspirada ella a dar al Derecho extranjero el mayor protagonismo en la solución del caso) obtendría una solución opuesta a la validez del matrimonio, cuya regla especial exhibe la finalidad de preferencia por la validez.

3.3. Podrá decirse que el órgano jurisdiccional podrá rechazar tal reenvío de segundo grado echando mano al orden público. Sin embargo, este recurso supone un sacrificio del pluralismo que abrazamos en el Derecho Internacional Privado, Hay que admitir que la situación es compleja y se enfrenta con dos niveles de tensión. Por un lado, nos encontramos a un Derecho Internacional Privado cuyo escenario se ha ampliado a todas las familias jurídicas, y por ello, llamado a admitir la diversidad en su más amplio sentido. La característica de éste es una restricción del orden público para evitar identificarlo con los valores del foro. Por otro lado, hay un fortalecimiento universal de los derechos humanos, que los Estados van adquiriendo progresivamente. Desde esta perspectiva, así como nuestro Derecho Internacional Privado asume la restricción de lo que es su propio orden público, al mismo tiempo no podrá, bajo el pretexto de la diversidad, admitir Derechos que no respeten los estándares mínimos de los derechos humanos que se han cristalizado en los tratados internacionales.

En el ejemplo anterior, el matrimonio entre marroquíes del mismo sexo celebrado en España no podrá considerarse en fraude a la ley marroquí, sino el ejercicio legítimo de un derecho humano a la prohibición de injerencia del Estado en la vida privada y la familia (artículo 12 DUDDHH)[25], una suerte de autonomía conflictual en

24 Código Civil español, artículo 9.1, González Campos, Julio, Fernández Rozas, José Carlos, Calvo Caravaca, Alfonso, Virgós Soriano Miguel, Amores Conradi, Miguel y Dominguez Lozano, Pilar, *Derecho Internacional Privado – Parte Especial,* Eurolex, Madrid, 1995, p. 498.

25 La fórmula de la Convención Europea es aún más categórica (artículo 8). Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

materia de *estado de familia*[26]. De la misma manera, deberán recortarse las soluciones de la acumulación de normas sucesivas de Derecho Internacional Privado (esto es, norma indirecta del foro, norma indirecta del Derecho aplicable y norma del Derecho aplicable) cuando de dicha acumulación se obtiene una solución contraria a la finalidad de la norma indirecta del foro.

3.4. El piso "mínimo" de derechos humanos en los que se enclava el sistema normativo del Derecho Internacional Privado lleva a reconsiderar las nociones de *justicia conflictual* y de *justicia material*. La primera, como resultado del elemento sistemático de todo sistema normativo, ha insuflado algunos contenidos básicos en el Derecho Internacional Privado que nos permiten hablar de que sus normas indirectas están materialmente orientadas, cuando las conexiones han sido establecidas en función de las predicciones valorativas. Esta orientación material no puede ser desvirtuada por la coordinación lógica de los sistemas normativos enlazados consecutivamente a raíz de las distintas normas que hoy abordan los problemas generales. En tal sentido, el "corte" de las sucesivas remisiones deberá efectuarse una vez alcanzado el fin de la norma indirecta específica (v.gr., cuando se lleva a cabo el reconocimiento del matrimonio, o el de la filiación, entre otros).

La segunda posibilidad es la de incorporar, en el tratamiento de problemas relativos a derechos personalísimos, el método directo (o, en su versión actualmente difundida, como método de reconocimiento). En tal sentido, la norma del artículo 20[27] del anteproyecto puede ampliar su ámbito material y enervar la indagación del Derecho aplicable una vez verificada la adquisición del estado (en ese caso, de familia) a la luz del Derecho con el cual se adquirió dicha calidad[28].

Finalmente, el Derecho Internacional Privado actual presenta el desafío de mantener un adecuado equilibrio entre el respeto a la diversidad y el mantenimiento de estándares en materia de derechos humanos al determinar la aplicación del Derecho extranjero.

Bibliografía

Alchourrón, Carlos y Bulygin. Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires, 1973

Ballarino, Tito, *Diritto Internazionale Privato*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1999.

Batiffol, Henri y Lagarde, Paul, *Traité de Droit International Privé,* vol. 1, 8ª ed., L.G.D.J., Paris, 1993.

26 Autonomía conflictual impropia, que consiste en la realización de punto de conexión para obtener, a partir de allí, la consecuencia del derecho aplicable. En materia de estado, la adquisición de la residencia habitual, el domicilio o la nacionalidad para obtener, del derecho de la residencia habitual, del domicilio o de la nacionalidad, el *status* que el derecho primitivo le vedaba.

27 Artículo 20. Reconocimiento de derechos adquiridos o constituidos válidamente en el extranjero. Los derechos válidamente adquiridos o constituidos en el extranjero al amparo del derecho de otro Estado, con el cual presenten vínculos más estrechos, tendrán eficacia en Chile en la medida en que sean compatibles con el orden público internacional de Chile.

28 Baratta, Roberto, *La reconnaissance internationale des situations juridique persóneles et familiares,* Recueil des Courses, 2010 (vol. 348), p. 265 y ss.

Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado,* 6a. ed., T.I, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Bunge, Mario, *Social Science under Debate - A Philosophical Perspective,* University of Toronto, Toronto, 1998.

Cook, Walter, «*The logical and legal bases of the conflict of laws*», *Yale Law Journal*, vol. 33, 1924.

Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia,* 10ª ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho – La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes,* 7ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005.

Goldschmidt, Werner, *Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo*, en *Estudios Jusprivatistas Internacionales,* Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1969.

Goldschmidt, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 2ª ed., E.J.E.A., Buenos Aires, 1952.

González Campos, Julio, Fernández Rozas, José Carlos, Calvo Caravaca, Alfonso, Virgós Soriano, Miguel, Amores Conradi, Miguel y Domínguez Lozano, Pilar, *Derecho Internacional Privado – Parte Especial,* Eurolex, Madrid, 1995

Hart, Herbet, *The concept of Law*, 2ª. ed., *Clarendon Press · Oxford*, 1994.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho,* 9ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1970.

Loussouarn, Yvon, Bourel, Pierre, de Vareilles-Sommières, Pascal, *Droit international privé,* 10ª ed., Dalloz, Paris, 2013.

Michaels, Ralf, *Tertiary Rules*, en Krisch, N. (ed.) *Entangled legalities beyond the State,* OUP, Oxford, 2021.

Richman, William, Reynolds, William, Whytock, Christopher, *Understanding Conflict of Laws,* 4th. ed., Carolina Academic Press, Durham, 2013.

Savigny, Federico, *Sistema del Derecho Romano Actual*, vol. VI (M. Ch. Genoux tr, Jacinto Mesía y Manuel Poley, tr, F. Góngora y Compañía editores, 1879.

Weintraub, Russell J. *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd. ed., The Foundation Press, Mineola-NY, 1986

Legislación

Código Civil (Chile)

Código Civil (España)

Código Penal (Marruecos)

Jurisprudencia

Cour de Cassation (Francia) 24.06.1878.
Cour *de Cassation*, (Francia) 22.02.1882.
Cour d`Alger (Francia) 24.12.1889.
Cour de Cassation (Francia) 21.04.1931.
Cour de Cassation (Francia), 18.03.1978.

CALIFICACIÓN DEL TRUST EN EL DERECHO CHILENO

THE TRUST'S QUALIFICATION UNDER CHILEAN LAW

Rodrigo José Pablo Pérez*

RESUMEN

La presente ponencia analiza la calificación del trust en el Derecho chileno. Primero, se destaca que en el ámbito internacional no existe un único trust, por ende, no existe una única forma de calificarlos. Con todo, para avanzar se toma el concepto de trust propuesto por el Convenio de La Haya sobre ley aplicable al trust y a su reconocimiento y el Código Tributario chileno. Sin embargo, se expone que incluso este concepto tiene aspectos que lo acercan a los tres estatutos de nuestro Derecho. A partir de este punto, propongo calificar al trust según la función que cumpla en el caso bajo análisis, y las características suyas que sobresalgan en ese contexto. Asimismo, afirmaré que, por regla general, el trust no es una institución desconocida.

PALABRAS CLAVES: *calificación, trust, institución desconocida, derecho internacional privado chileno.*

ABSTRACT

This paper analyses the trust's qualification under Chilean law. Firstly, it highlights that at the international level, there is not only one trust. Thus, it is not possible to achieve only one qualification. However, aiming to progress, the paper follows the definition of trust contained in the Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition and the Chilean Tax Code. Nevertheless, it is shown that even this conception has characteristics that bring it close to the three statutes of our law. Then, I propose to qualify the trust according to the function it pursues in the concrete case under analysis and the characteristics that became more prevalent in that context. Likewise, I affirm that, as a general rule, the trust is not an unknown institution.

KEY WORDS: *qualification, trust, unknown institution, Chilean private international law.*

1. Introducción y forma de proceder

En las siguientes páginas se analizará el problema de la calificación del *trust*. Se trata de un asunto que ha dado lugar a varios debates a nivel internacional, pero cuyo tratamiento en Chile ha sido sumamente limitado.[1]

* Profesor de Derecho Internacional Privado Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM University of Edinburgh. Email: rjpablo@uc.cl. Dirección: Alameda 340, Escuela de Derecho.

1 Excepcionalmente puede citarse a Zambrano, Carlos, *Sistema de Derecho Internacional Privado chileno de la sucesión por causa de muerte*, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2017, pp. 194-196. Así, como la exposición en estas mismas jornadas de los profesores José Luis Diez y Rodrigo Ramírez.

Con este fin en mente, se discutirá el concepto de *trust* a nivel comparado, concluyendo que no existe un solo *trust* (II), luego, se mostrará qué concepto tiene la legislación chilena, y a partir de él avanzaremos (III), destacando que el *trust* tiene características que lo acercan a los tres estatutos que conoce nuestro Derecho (IV). A partir de ello, se propondrá calificarlo en base a sus funciones específicas y las relaciones concretas que puedan darse dentro suyo (V). Se destacará que, por regla general, por existir varias instituciones análogas al *trust* en nuestro Derecho, él no debe considerarse como una institución desconocida (VI).

2. La imposibilidad de definir el trust

Una ponencia acerca de la calificación de una figura jurídica extranjera debería comenzar con una descripción de sus fines y características esenciales. Lamentablemente, esto no es posible en el caso del *trust*, donde existe un gran debate acerca de qué constituye su esencia.[2] En cuanto al *trust* no hay acuerdo ni en qué es,[3] ni de dónde viene, habiendo teorías que proponen que su origen está en el Derecho romano, en el germánico, en el *common law* inglés o en el derecho musulmán.[4]

Se trata de un concepto que evoluciona, incorporándose a distintos ordenamientos y desarrollándose según sus necesidades.[5] En este sentido, por un lado, entre las jurisdicciones del *common law* más allá de la división entre propiedad legal y *equity* existe poco acuerdo en qué es un *trust*. Por otro, en sistemas jurídicos mixtos o de tradición civilista no existe la división entre propiedad legal y *equity*. Aquí el *trust* se basa en la idea de patrimonios especiales y de afectación -siendo que la idea de patrimonio es tan extraña al *common law* como a nosotros es el *trust*-, las modalidades y el mandato.

Asimismo, las instancias de armonización internacionales no han tenido un efecto positivo. El Convenio de La Haya sobre ley aplicable al trust y a su reconocimiento, de 1985 (en adelante el "Convenio" o el "Convenio de La Haya") ha sido ratificado por un número relativamente pequeño de jurisdicciones[6] y ha aumentado el debate acerca de qué puede considerarse como un *trust* antes que reducirlo. En este sentido, el profesor Maurizio Lupoi señaló que el Convenio crea un *shapeless trust*, una figura

2 Braun, Alexandra, "The state of the art of comparative research in the area of trusts", en: Graziadei, M. y Smith, L. (eds.). *Comparative Property Law Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Londres, 2017, p. 121.

3 Algunos títulos son: Morles, Alfredo, "La Esencia del Trust o Fideicomiso". XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, COLAFI 2016, Lima, Perú, 2016, pp. 1-73; Zhong Wei, Terence Tan, "The irreducible core content of modern trust law", en: *Trust and Trustees*, vol. 15, n° 6, 2009, pp. 477-493; Ho, Lusina, "Trust: the essentials", en: Smith, L. (ed.), *The World of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 1-20; Lepaulle, Pierre, "An Outsider's View Point of the Nature of Trust", *Cornell Law Quarterly, n°* 14, 1928, pp. 52-61; Webb, James, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trust", *Trust and Trustees*, vol. 21, n° 5, 2015, pp. 476-487; Gretton, George, "Up there in the Begriffshimel?" en: Smith, L. (ed.), *The World of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 524-545 y Honoré, Tony, "Trust the Inessential"s, en: Getzler, J. (ed.), *Rationalizing Property, Equity and Trusts*, LexisNexis, Londres, 2003 pp. 7-20.

4 Gaudiosi, Monica, "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of Pennsylvania Law Review*, n° 136, 1988, p. 1247.

5 Braun, cit. (n. 2), pp. 121-122.

6 Australia, Canadá, Chipre, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Países Bajos, Panamá, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, San Marino, Suiza (véase: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=59. (visitado: 8-04-2023).

sin límites, donde prácticamente cualquier cosa puede convertirse en un *trust*. Lo anterior se debe a que el Convenio no es claro en quién mantiene la propiedad de los activos, qué clase de responsabilidades existen, cuál es la fuente de las obligaciones, ni si se requiere mantener las relaciones fiduciarias[7]. En su entendimiento el Convenio hace que no haya ninguna nación en el mundo que pueda decir que su legislación no conoce el *trust*[8] y se aleja de la tendencia tradicional en el Derecho Internacional Privado que identificaba el *trust* con el modelo inglés.[9]

A esta falta de definición de las estructuras, se debe sumar una indefinición de los fines. Desde la perspectiva de las legislaciones que siguen los modelos continentales, el *trust* es el *bonne a tout faire* del Derecho inglés,[10] pues a través de él se alcanzan múltiples funciones que nosotros alcanzamos recurriendo a los más diversos medios. En efecto, la masa de bienes del fallido, la herencia, una fundación, un fondo de inversión, un *project finance*, un pacto de accionistas, una sociedad comercial, una donación sujeta a un modo pueden ser un *trust*. Asimismo, el traspaso de los riesgos en una compraventa puede regularse a través de esta figura.[11]

En este contexto, no existe propiamente un concepto de *trust* que nos sirva universalmente y debemos considerar que hay tantos *trust* como relaciones se presenten con ese nombre.[12] Por lo demás, esta es la única respuesta posible en un mundo donde la tendencia es dejar el *trust* inglés atrás para aceptar una gran variedad de figuras que ocupan ese mismo nombre o sus traducciones.[13]

3. Definición de la ley chilena

Sin perjuicios de lo anterior, hay formas de *trust* más comunes que otras y algunas que por sus funciones interesan más al Derecho Internacional Privado.

En este sentido, el Convenio de La Haya trató de establecer una cierta forma de *trust* como un concepto universalmente reconocido como legítimo, y determinó los factores de conexión aplicables para resolver los principales conflictos que puedan suscitarse a partir de él. Así, definió al *trust* como:

> Las relaciones jurídicas creadas -por acto inter vivos o mortis causa- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado… a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de

7 Lupoi, Maurizio, "The Shapless Trust", *Trust and Trustees*, vol. 1, n° 3, 1995, p. 16.

8 Lupoi, cit. (n. 7), p. 17.

9 Lupoi, cit. (n. 7), p. 15-16.

10 Guillaume, Florence, "Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, n° 1, 2000, pp. 2-3.

11 Sharp v Thomson 1997 SC (HL) 66.

12 Gretton cit. (n.3), pp.540-545.

13 Lupoi, cit. (n. 7), p. 16. Braun, cit. (n. 2), p.138.

> las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga. El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*.

Ya hemos expuesto las críticas a la amplitud de esta definición. A ellas debemos agregar que sólo se aplica a los *trust* creados voluntariamente.

Chile no ha ratificado el Convenio, pero ha adoptado esta definición en el artículo 33 bis del Código Tributario, relativo a normas sobre declaraciones que deben entregar los contribuyentes al Servicio de Impuestos Internos. Dicho precepto dispone:

> Para los fines de este número, el término "*trust*" se refiere a las relaciones jurídicas creadas de acuerdo con normas de derecho extranjero, sea por acto entre vivos o por causa de muerte, por una persona en calidad de constituyente o "*settlor*", mediante la transmisión o transferencia de bienes, los cuales quedan bajo el control de un "*trustee*" o administrador, en interés de uno o más beneficiarios o con un fin determinado.
>
> Se entenderá también por "*trust*" para estos fines, el conjunto de relaciones jurídicas que, independientemente de su denominación, cumplan con las siguientes características: i) Los bienes del "*trust*" constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio personal del "*trustee*" o administrador; ii) El título sobre los bienes del "*trust*" se establece en nombre del "*trustee*", del administrador o de otra persona por cuenta del "*trustee*" o administrador; iii) El "*trustee*" o administrador tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del "*trust*" y las obligaciones particulares que la ley extranjera le imponga.
>
> El hecho de que el constituyente o "*settlor*" conserve ciertas prerrogativas o que el "*trustee*" posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un "*trust*". El término "*trust*" también incluirá cualquier relación jurídica creada de acuerdo con normas de derecho extranjero, en la que una persona en calidad de constituyente, transmita o transfiera el dominio de bienes, los cuales quedan bajo el control de una o más personas o "*trustees*", para el beneficio de una o más personas o entidades o con un fin determinado, y que constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio personal del "*trustee*" o administrador.

Se trata de una forma de calificar al *trust como* una figura autónoma, ni como acto, ni como persona, ni como parte del Derecho de bienes, sino como *trust*.

La misma norma señala que la "legislación rige los efectos de las disposiciones del trust" será la de su "país de origen"; término que se define circularmente como aquél cuya "legislación rige los efectos de las disposiciones del trust".

Esta norma es excepcional y en ningún caso debe entenderse como aplicable a todo el sistema de Derecho Internacional Privado chileno. En efecto, ella misma señala que la definición es solo "para los fines de este número". Lo que tiene los efectos prácticos de evitar que en Chile nazca lo que los italianos denominaron como "*trust interni*"[14] o que los *trust* sean calificados como una figura autónoma por los tribunales, los que deben seguir calificándolos según las normas y figuras con las que contamos en nuestro Derecho.

Dicho lo anterior, y teniendo presente que esta definición puede ser susceptible de múltiples críticas, parece prudente seguir mostrando los problemas que la calificación de esta figura tiene para nuestro Derecho considerando estos conceptos. Ello porque nos permitirá abordar el problema de la calificación en los casos que más comúnmente se presentan.

4. El *trust* no es parte del Derecho de los actos, ni de los bienes, ni de las personas

4.1. La distinción del trust

Enfrentemos la calificación del *trust* usando los conceptos del Convenio de La Haya y del Código Tributario.

La calificación consiste en que el juez analice una figura para ver a qué categoría de su Derecho corresponde y de esa manera determinar el factor de conexión que debe utilizar para resolver el conflicto de leyes. Nuestro Derecho considera tres clases de estatutos para determinar la norma de conflicto aplicable: el de los actos, los bienes y las personas. En este sentido, el *trust* nos pone frente a un problema adicional. En él conviven estos tres estatutos, los que preponderan según la estructura, fines y el aspecto del *trust* que se analice.[15]

Hace más de un siglo Frederic Maitland decía que el *trust* difícilmente habría podido evolucionar entre personas que distingan claramente entre derechos personales y reales, y hayan hecho de esa distinción algo central en sus sistemas jurídicos.[16] Esta situación no ha cambiado.[17]

Así, el *trust* presenta características de los tres estatutos, pero, al mismo tiempo, ninguno es capaz de comprenderlo completamente.

4.2. El trust como parte del derecho de los actos

En general, el Derecho Internacional Privado está preocupado del *express trust* y este nace de un acto del constituyente, quien pone los bienes en *trust* bajo el control del *trustee* para el beneficio de otros o de un fin.

14 El trust constituido en Italia que se sujeta a la ley de un Estado cuya legislación sí conoce el *trust*.

15 Gretton cit. (n.3), pp. 525-530. Por su parte, Guillaume cit. (n. 10) pp. 23-30 destaca como previo a la ratificación del Convenio de La Haya, los tribunales suizos podían calificar un *trust*, según la estructura del mismo, o como un contrato o persona jurídica.

16 Maitland, Frederic, "Trust and Corporation", *Zeitschrift für das Privat- and Öffentliche Recht*, vol. 32, 1904, p. 3.

17 Gretton cit. (n.3), pp. 524-525.

La relación entre el constituyente y el *trustee* aparece como un contrato, y dado que en Chile se reconoce la *stipulatio alteri*, también podríamos encuadrar aquí la relación entre *trustee* y *beneficiaries*.

Sin embargo, esto no explica *trust* que no cumplan con esta estructura, como pueden ser aquellos que sirven un fin y no a personas determinadas; tampoco permie entender por qué los *trustees* pueden ser reemplazados por los tribunales, ni la distinción entre los bienes del *trust*, del *trustee* y los *beneficiaries*.

Con todo, esta calificación ha tenido fuerza en el Derecho comparado y el Convenio de La Haya le da al *trust* un tratamiento similar al de un contrato.

4.3. El trust como parte del Derecho de bienes

El *trust* puede ser considerado como una modalidad a la cual se encuentra sujeta la propiedad[18] o asimilarse particularmente a la propiedad fiduciaria.[19]

Sin embargo, ni la idea de propiedad modal ni de propiedad fiduciaria permiten explicar la sustitución de los bienes del *trust*.[20] En efecto, esta parece incompatible con lo señalado en el artículo 751 del Código Civil, relativo a la enajenación de la propiedad fiduciaria.

4.4. El trust como parte del Derecho de las personas

La situación anterior es lo que produce que en jurisdicciones con sistemas de Derecho civil o mixtos el *trust* se conceptualice, generalmente, como un patrimonio de afectación y quede comprendido dentro del Derecho de las personas.[21]

Aquí aparecen las *trust companies*, los *charitable trusts*, la posibilidad de la sustitución de los bienes y la posibilidad de sustituir al *trustee* por orden judicial. Aquí toma sentido la idea del *trust* como una "*office*",[22] y vemos por qué en uno de los pocos casos en que un *trust* ha sido analizado por un tribunal chileno, las partes que concurrieron a él lo trataron como si fuera una persona jurídica capaz de recibir herencias.[23] Los *trust* no serían muy distintos de nuestras fundaciones o fondos de inversión. Estos últimos, si bien no son personas jurídicas, en los hechos se les asemejan bastante.

Sin embargo, esta calificación tampoco explica varios tipos de *trust* ni relaciones que aparecen en ellos. En este sentido, en Suiza, antes de la ratificación del Convenio de La Haya, se sostenía que en virtud del artículo 150 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, los *trust* debían ser tratados como personas jurídicas, salvo que su organización fuese menos sofisticada que aquella señalada en ese artículo

18 Gretton cit. (n.3), pp. 527-529.

19 Zambrano cit. (n. 1), pp. 198-201.

20 Gretton cit. (n.3), p. 529. Malumian, Nicolas, *Trust in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 153-154.

21 En Quebec los tribunales lo han calificado como una modalidad (Tucker v. Royal Trust [1982] 1 S.C.R 250), pero existen normas propias de las personas que le son aplicables [Gretton cit. (n.3), p. 530].

22 Honoré, Tony, "On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions", en: *Oxford Legal Studies Research Paper* n° 27/2008, 2008, p. 6.

23 Causa Rol C-2261-2017, del Juzgado de Letras de Puerto Varas.

para considerar que se estaba en presencia de una, en cuyo caso se les aplicaban las normas referidas a los actos y contratos.[24] Lo mismo pasaría en Chile.

Así, nos damos cuenta de que en los *trust* conviven diversas funciones y tipos de relaciones que hacen que nuestro Derecho nunca pueda analizarlos de forma unitaria.

5. Método de calificación del *trust*: no miremos a la esencia sino a los accidentes

Como vemos, en la calificación del *trust* se enfrentan los siguientes problemas: no hay acuerdo en el concepto, ni en la estructura; los fines que pueden seguir son múltiples, y tiene características que lo acercan y alejan de los distintos estatutos de nuestro Derecho Internacional Privado.

En este contexto, para descifrar el o los *trusts* debemos volver a la búsqueda de su esencia. Este concepto viene de la filosofía aristotélica, donde ella es lo que hace que una cosa sea lo que es y no una distinta.[25] Aristóteles señaló, además, que algunos conceptos no tienen esencia y que la lengua les atribuye una imaginaria.[26] En esta categoría incluyó las acciones humanas y junto con ellas los conceptos jurídicos, como el *trust*. Santo Tomás de Aquino trajo el término esencia al vocabulario jurídico.[27] Para él la esencia de los conceptos jurídicos estaba dada por sus fines.[28]

Este concepto filosófico se haya presente en el artículo 1444 del Código Civil chileno y, asimismo, sobre él se asienta el estudio del Derecho comparado. En efecto, esta última disciplina parte de la imposibilidad de la equivalencia de la dogmática jurídica de distintas jurisdicciones.[29] Así, al comparar y calificar se identifica como dos Derechos basados en construcciones teóricas distintas solucionan el mismo problema. Así, se identifican los equivalentes funcionales de un Derecho y otro.

Dado que el *trust* es multifuncional y cuenta con diversas estructuras no se puede pretender una calificación universal suya, por ende, esta debe hacerse en cada caso considerando los fines que el *trust* busca cumplir. Así, por ejemplo, una *trust company* podría ser equivalente a una sociedad, y un *charitable trust* a una fundación.

De esta forma, volviendo a Aristóteles, recordemos que las cosas no son conocidas por su esencia, sino por sus accidentes. En efecto, la esencia no la vemos, pero vemos los accidentes de las cosas.[30] La estructura particular de un *trust* es accidental.

De este hecho se derivan tres consecuencias. Primero, la estructura particular del *trust* no debe hace que el juez renuncie a explorar sus fines. Segundo, que los fines específicos del *trust* darán lugar a estructuras accidentales que se asemejarán más a

24 Guillaume cit. (n. 10), pp. 24-28. Perrin, Julien, "The Recognition of Trust and their use in Estate Planning Under Continental Laws", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 631-634 (destaca que antes de la aprobación de la ley de Derecho Internacional Privado, de 1987, los *trust* eran analizados como contratos).

25 Aristotles, *The Metaphysics*. Ross, W. D. (trad.), Clarendon Press, Oxford, 1924, Libro XII, Parte 1, Λ · 1069a-1076a.

26 Aristotles cit. (n.25) Libro XII, Part 1, Λ · 1069a-1076a.

27 Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon University Press, Oxford, 1991, p. 20.

28 Gordley, cit. (n. 27): p. 21.

29 Ferran, Elena, "La institución desconocida y la intraducibilidad. Paralelismo entre el derecho comparado y la traducción jurídica frente a la intraducibilidad", *Meta*, vol. 54, n° 2, 2009, p. 296.

30 Aristóteles, cit. (n. 25) Libro I, 8.

algunas instituciones nuestras que a otras y nos permitirán calificarlo en uno u otro estatuto. Finalmente, los conflictos que se den en torno a un *trust* antes que sobre el mismo, se darán en torno a estructuras accidentales, por lo que el juez deberá analizar el fin de dichos accidentes en el contexto concreto para hacer la calificación.

Así, para calificar el *trust* el juez debe analizar los fines que encubre la estructura accidental para calificar si lo que ahí hay es una relación propia del Derecho de los actos, de los bienes o de las personas.

Aproximaciones similares han sido defendida por Reimann,[31] Virgós[32] y Cruz[33], y ha sido la forma en que tradicionalmente se han aproximado los ordenamientos civiles al *trust*.[34]

6. El *trust* y sus análogos

Entonces ¿cómo calificamos al *trust*? ¿podría este método modificarse a partir de la aprobación del proyecto de ley de Derecho Internacional Privado preparado por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, que en su artículo 19 establece la calificación con respecto a la *lex fori* y las doctrinas de las así denominadas instituciones desconocidas y análogas?

En este sentido, si bien, el Derecho chileno no regula el *trust*, lo conoce. Primero, lo define y reconoce en el Código Tributario. Segundo, reconoce el principio del respeto de los derechos adquiridos bajo legislaciones extranjeras salvo que estos atenten contra el orden público.[35] Finalmente, cuenta con diversos equivalentes funcionales del *trust*, es decir, figuras análogas que cumplen con sus mismos objetivos. En este último sentido, Malumian señala que, en Chile, si bien, no existe nada que pueda ser comparado al *trust* del *common law*, se han introducido las sociedades securitizadoras que permiten alcanzar los objetivos que en otros países latinoamericanos se alcanzan con los fideicomisos diseñados siguiendo el modelo inglés.[36]

Así, por regla general, el *trust* no es una institución desconocida en Chile. Por ende, por regla general, se debe dar validez a las relaciones jurídicas establecidas a través de ellos dando aplicación al Derecho extranjero en cuanto este tenga una función reconocida en Chile y no atente contra nuestro orden público.[37]

De esta manera, dependiendo del caso en análisis nos podemos encontrar con una serie de instituciones que cumplen con los mismos objetivos o que se estructuran

31 Reinmann, Mathias, "Comparative Law and Private International Law" en: Reinmann, Mathias y Zimmenmann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 1361.

32 Virgós, Miguel, *El "Trust" y el derecho español*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 99.

33 Cruz, Zoraida, *El trust anglosajón y el derecho internacional privado*, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2020, pp. 385-386.

34 Guillaume cit. (n. 10) p. 7.

35 Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, Artículo 20. Además, se contempla en diversos instrumentos internacionales firmados y/o ratificados por Chile como el Código de Derecho Internacional Privado.

36 Malumian, cit. (n.20), pp. 153-154.

37 Vale recordar que estas dos nociones usualmente se confunden, no siendo fácil separar la institución desconocida de la transgresión del orden público. Sobre el *trust*, puede consultarse: Cruz cit. (n.33) pp. 274, 386-392.

como *trust*. En efecto, los fondos de inversión; el fideicomiso y los modos; las fundaciones, y los albaceas, tienen algo del *trust*.

Por esto, en ningún caso el *trust* puede suponer una institución desconocida. Sus fines son conocidos dentro de nuestro ordenamiento y como tal deben reconocerse.

Ahora bien, no existiendo una norma específica que regule cuál es la ley aplicable al *trust*, el juez chileno debe estarse a los fines de la figura para analizar según qué estatuto debe calificarse la situación con el objeto de resolver los conflictos de leyes que puedan surgir. Este es el estado actual de la cuestión y el proyecto de ley no haría más que refrendarlo.

Sin embargo, esto no es equivalente a reconocer todo *trust*, pues hay varios que persiguen objetivos que nuestro Derecho, así como varios otros, no reconocen. Un ejemplo que puede ser interesante es el *perpetual trust*[38] que, si bien es reconocido en varias jurisdicciones del *common law*, en otras se le llega incluso a declarar inconstitucional.

Si uno de estos *trust* actúa en Chile, el juez que analice el caso debe ver si la función de esta figura es reconocida por nuestro Derecho en el caso concreto. Por ejemplo, quizás un *trust* establecido para asegurar que una propiedad ubicada en nuestro país sólo pueda destinarse a las vacaciones de los descendientes del constituyente deberá ser analizada como parte del estatuto de los bienes y las limitaciones impuestas para que los descendientes puedan hacerse con la propiedad plena de esa propiedad deberá desconocerse por oponerse el fin del *trust* a la libre circulación de los bienes. Sin embargo, si el mismo vehículo actúa comprando y vendiendo acciones, podría considerarse que sus funciones no difieren de aquellas de una sociedad de inversiones, por lo que se le debería evaluar conforme al estatuto de los actos y o de las personas jurídicas.

7. Conclusiones

Los *trusts* no deben ser considerados instituciones desconocidas, por el contrario, contamos con varios análogos, y la calificación de estos debe ser realizada según la función que el *trust* cumpla.

Bibliografía

Aristotle, *The Metaphysics*. Ross, W. D. (trad.), Clarendon Press, Oxford, 1924.

Braun, Alexandra, "The state of the art of comparative research in the area of trusts", en: Graziadei, M. y Smith, L. (eds.) *Comparative Property Law Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Londres, 2017, pp. 121-149.

Cruz, Zoraida, *El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado*, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2020.

38 Se trata de *trusts* establecidos por tiempos considerados perpetuos -en general 125 años- y tienen por objeto administrar bienes del constituyente para su distribución por varias generaciones.

Ferrán, Elena, "La institución desconocida y la intraducibilidad. Paralelismo entre el derecho comparado y la traducción jurídica frente a la intraducibilidad", *Meta*, vol. 54, n° 2, 2009, p. 295-308.

Gaudiosi, Monica, "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of Pennsylvania Law Review*, n° 136, 1988, pp. 1231-1261.

Gretton, George, "Up there in the Begriffshimel?" en: Smith, L. (ed.), *The World of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 524-545.

Gordley, James. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Clarendon University Press, Oxford, 1991.

Guillaume, Florence, "Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, n° 1, 2000, pp. 1-36.

Ho, Lusina, "Trust: the essentials", en: Smith, L. (ed.), *The World of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 1-20.

Honoré, Tony, "Trust the Inessentials", en: Getzler, J. (ed.), *Rationalizing Property, Equity and Trusts*, LexisNexis, Londres, 2003 pp. 7-20.

Honoré, Tony, "On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions", en: *Oxford Legal Studies Research Paper* n° 27/2008, 2008.

Lepaulle, Pierre, "An Outsider's ViewPoint of the Nature of Trust", *Cornell Law Quarterly*, n° 14, 1928, pp. 52-61.

Luppoi, Maurizio, "The Shapless Trust", *Trust and Trustees*, vol. 1, n° 3, 1995, pp. 14-17.

Maitland, Frederic, "Trust and Corporation", *Zeitschrift für das Privat-and Öffentliche Recht*, vol. 32, 1904, pp. 1-59.

Malumian, Nicolas, *Trust in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Morles, Alfredo, "La Esencia del Trust o Fideicomiso", en *XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso*, Lima, 2016, pp. 1-73.

Perrin, Julien, "The Recognition of Trust and their use in Estate Planning Under Continental Laws", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 629-666

Reinmann, Mathias, "Comparative Law and Private International Law", en Reinmann, M. y Zimmenmann, R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 1339-1378.

Virgós, Miguel, *El "Trust" y el derecho español*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

Webb, James, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trust", *Trust and Trustees*, vol. 21, n° 5, 2015, pp. 476-487.

Zambrano, Carlos, *Sistema de Derecho Internacional Privado chileno de la sucesión por causa de muerte*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2017.

Zhong Wei, Terence Tan, "The irreducible core content of modern trust law", *Trust and Trustees*, vol. 15, n° 6, 2009, pp. 477-493.

Jurisprudencia

Tucker v. Royal Trust [1982] 1 S.C.R 250 (Quebec, Canadá).

Sharp v Thomson 1997 SC (HL) 66 (Escocia, Reino Unido).

Causa Rol C-2261-2017, del Juzgado de Letras de Puerto Varas.

Legislación

Código Civil (Chile).

Código Tributario (Chile).

Código de Derecho Internacional Privado (Chile).

Convenio de La Haya sobre ley aplicable al trust y a su reconocimiento, de 1985.

LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA COMO HERRAMIENTA PARA LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES

CORPORATE LEGISLATION AS A TOOL TO ATTRACT INVESTMENT

María Gloria Bottiglieri*

RESUMEN

Las personas jurídicas, al igual que las personas humanas, despliegan su actividad más allá de las fronteras de un Estado, son parte del tráfico privado jurídico internacional. La regulación normativa no se presenta neutra en el desarrollo del comercio internacional. En el presente trabajo, mediante el análisis del régimen normativo regional se destaca la necesidad de generar instrumentos eficientes para la atracción de inversiones, con especial referencia a las leyes que regulan la existencia y actuación de las sociedades comerciales en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: *legislación, economía, personas jurídicas, sociedades, actuación extraterritorial.*

ABSTRACT

Legal persons, like human persons, carry out their activity beyond the borders of a State, they are part of international legal private traffic. Normative regulation is not neutral in the development of international trade. In the present work, through the analysis of the regional regulatory regime, the need to generate efficient instruments to attract investment is highlighted, with special reference to the laws that regulate the existence and performance of commercial companies abroad.

KEYWORDS: *legislation, economy, legal persons, companies, extraterritorial action.*

1. Introducción

Las sociedades actuales persiguen el crecimiento económico en todas sus formas a fin de conseguir un mejor desarrollo. Para ello se valen, entre otras, de las herramientas legislativas que pueden funcionar como un incentivo o un obstáculo para lograr los fines descriptos. El presente trabajo que forma parte de un proyecto de investigación más amplio, se enfoca en destacar la necesidad de generar instrumentos eficientes para la atracción de inversiones, con especial referencia a la ley que regula las sociedades comerciales. Tanto la legislación de fondo como la referida a los procedimientos de registración gravitan en el momento de decidir las inversiones. El diseño de reglas de juego eficientes y justas contribuye al bienestar personal de los individuos y maximiza los beneficios de la convivencia social. En esta presentación se propone el abordaje de las legislaciones societarias y cómo pueden modificarse a fin de que

* Doctora en Derecho, Magíster en Docencia Universitaria, Especialista en Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior, Profesora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, mgbottiglieri@gmail.com.

sean herramientas destinadas a impulsar la radicación de emprendimientos que contribuyan a poner en marcha el círculo virtuoso de la riqueza y a reducir los altos índices de pobreza. El análisis del tema se vincula con el contexto internacional en el que la actuación de los estados no se presenta aislada sino mediante esquemas de integración multilateral. El objetivo general que se plantea consiste en analizar el régimen regulatorio societario actual, como así también sus impactos en las diferentes dimensiones de la realidad social, a través del análisis de fuentes normativas de Derecho interno y convencional.

2. Derecho y Economía

El Derecho no puede ser pensado en abstracto, menos aún desconectado de la realidad en la cual se inserta. Dado que es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Conocer el impacto de una ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura de las personas físicas y jurídicas, permite poner al Derecho en contexto de realidad. En efecto, el análisis económico del Derecho que parte del supuesto de que las personas son siempre maximizadores racionales de sus satisfacciones nos lleva a preguntarnos: ¿qué se gana y qué se pierde?, ¿cómo se puede obtener una mejor reasignación de recursos para obtener la satisfacción de las necesidades? Necesidades que se vinculan con cada uno de los ciudadanos. Creemos que el análisis económico del Derecho es muy útil desde esa perspectiva político-económica, teniendo claro que es un método, un instrumento, que puede ser utilizado desde muy diversas perspectivas y que no son pocas las críticas que recibe. Las opciones que debe decidir el Derecho no se miden únicamente en pesos o en dólares, las decisiones legislativas importan considerar qué se gana y qué se pierde en términos de bienestar para cada uno de los individuos.

Derecho y economía no son ciencias sociales independientes, pese a que se puede indicar que ambas difieren en su objeto de estudio, métodos y finalidad. Sin embargo, esa hipótesis resulta cuestionable o al menos revisable. El Derecho y la economía tienen un origen común en la filosofía. Esta relación se perdió durante cierto tiempo, pero recuperó vigencia en la primera mitad del siglo XX. Si recordamos la evolución histórica de ambas ciencias, en la antigua Grecia, las ciencias actuales se reunían en una sola ciencia madre que era y es la filosofía. Al tiempo que los pensadores fueron profundizando sobre diversos temas, aparecieron paulatinamente ciencias independientes. Así, resulta que la vinculación entre el Derecho y la economía no es extraña, dado que las primeras reflexiones sobre temas económicos estaban íntimamente relacionadas con la justicia. Por ejemplo, los filósofos griegos se preguntaban cuál era el "precio justo" de los bienes, pero no se preguntaban cómo se determinaba un precio. También se preguntaban si era justo cobrar interés por los préstamos u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias

En el inicio de la modernidad, como luego en la posmodernidad, se utilizó como proceso y resultado de investigación la lógica de la abstracción. El Derecho presentado desde ese discurso, aparece como una cuestión de fin en sí mismo, alejado del análisis

de los fenómenos que encauza mediante las normas. Así, se evitan reflexiones epistemológicas dando como resultado conceptos separados o discontinuos, aislados del contexto y de las incidencias que éste produce en la sociedad. Mercado entiende que el Análisis Económico del Derecho aplica las categorías e instrumentos propios de la teoría económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico.[1]

Desde la ciencia jurídica, generalmente, se realiza el análisis desde una perspectiva normativa pura y exclusivamente jurídica, abordando aspectos normativos restringidos, limitándose a lo formal o dogmático del Derecho positivo, olvidando incorporar al análisis la relación existente entre la norma jurídica y la realidad social. Así, la ciencia jurídica al estudiar el fenómeno económico, o sea su base fáctica, no solo amplía su sustento epistemológico, sino que también contribuye a cumplir con el fin axiológico que les da vida, como son el bienestar común y la distribución de la riqueza, entre otros.[2] Por ello, Derecho y economía resultan ser dos caras de una misma moneda. El mercado no es otra cosa que intercambio de derechos de propiedad y esto requiere de contratos y, por lo tanto, de un sistema legal que facilite o entorpezca estos contratos. O, en otras palabras, de un sistema legal que potencie o debilite el intercambio. Las leyes tienen consecuencias sobre las acciones e incentivos de los individuos. Por lo tanto, impactan sobre el intercambio y el funcionamiento eficiente del mercado. La ciencia jurídica no puede ignorar cómo funciona el mercado y las repercusiones de la legislación sobre el bienestar económico de la población. Contrariamente, la ciencia económica no puede desconocer los principios fundamentales del marco jurídico implícito en su teoría. El sistema jurídico garantiza el orden adecuado para asegurar la justicia, de acuerdo con la concepción ética adoptada por la política del Estado; y el sistema económico procura alcanzar los objetivos buscados con los medios útiles y escasos de que dispone la sociedad. Desde una visión integradora, puede afirmarse que el Derecho se presenta con un doble carácter. Por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones, como por ejemplo los contratos, las personas jurídicas, procesos concursales, entre otros. Por otra parte, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y obtener la consecución de determinados objetivos de política económica. Así pues, el Derecho resulta de este modo instrumentalizado doblemente: por parte del Estado y por parte de los agentes que actúan en el mercado.

A los fines de aportar seguridad jurídica y dado que el Derecho no es neutro sino una herramienta a disposición de un orden social determinado, destinado a la planificación, es necesario que el Estado conozca y difunda la orientación del orden social que pretende, y de las técnicas jurídicas que a tal fin usa. Para implementar la técnica jurídica debe tenerse una clara visión de los objetivos de las mismas como posibilitadoras del orden social perseguido, con una férrea valoración de los

1 Mercado, Pedro, *El análisis económico del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p.100.

2 Richard, Efraín, "El Concepto de Sociedad. Libertad y Responsabilidad en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades", *Estudios de Derecho Empresario*, vol. 21, 2020.

principios técnicos para alcanzarlos y un adecuado manejo de los remedios jurídicos y las sanciones, asumiendo el Derecho como un sistema de vida.

3. Regulación normativa interna de la República Argentina.

Hasta el año 2015 el Derecho Internacional Privado (DIPr.) argentino, y especialmente lo que hace al Derecho internacional societario, se encontraba conformado por los derogados Códigos Civil y de Comercio, junto con diversas leyes especiales en las que se encontraban disposiciones propias de la materia. En ese entonces, el plexo normativo del DIPr. padecía de una gran dispersión lo que dificultaba su estudio y aplicación. Se necesitaba una reforma que permitiera condensar las normas de DIPr. y actualizarlas. Consecuencia de ello, se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.) por la ley n° 26.994. El nuevo Código, unificó y actualizó los antiguos Código Civil de 1871 y de Comercio de 1889, ello representó un avance en relación con la dispersión normativa que caracterizaba al Derecho Internacional Privado de fuente autónoma. Se destinó el Título IV del Libro VI a "Disposiciones de Derecho internacional privado", se reguló sobre la parte general de DIPr. y varios institutos particulares. [3] Las disposiciones referidas a las sociedades constituidas en el extranjero, si bien fueron tratadas por al Comisión Reformadora, no fueron finalmente incluidas. En el ordenamiento jurídico argentino el nacimiento, vida y liquidación de las sociedades, en general, y particularmente de las sociedades constituidas en el extranjero se encuentra regulada por una ley específica. La Ley General de Sociedades (en adelante LGS) conocida como ley n° 19.550, sancionada en 1972, y reformada en varias oportunidades, regula en la Sección XV del Capítulo I (artículos 118 a 124) la existencia y actuación en el país de las sociedades constituidas en el extranjero. A su vez, de modo complementario y no menos trascendente se deben tener en cuenta las Resoluciones dictadas por la Inspección General de Justicia (en adelante I.G.J.), que si bien es el organismo administrativo que se encarga de la reglamentación legislativa, sus resoluciones son de tal impacto jurídico que cumplen un rol fundamental en esta dimensión.

El sistema argentino, ya desde el Código de Vélez, receptó la teoría de la realidad en lo que respecta a las personas jurídicas. Es decir, que las mismas son entes, que nacen con su acto de constitución, susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, distintos de los socios que las componen. En relación a las personas jurídicas constituidas en el extranjero, es necesario distinguir por un lado la existencia y forma del ente societario y por otro el referido a su capacidad de actuación. Mediante una norma indirecta se eligió la ley del lugar de constitución para regular el primer aspecto (artículo118 L.S.). En cuanto a los actos que puede realizar en Argentina, se recepta la teoría de la extraterritorialidad parcial con criterio cualitativo-cuantitativo. Así, la ley n° 19.550, distingue entre actos de capacidad genérica (art 118, 2° párrafo) y los actos de capacidad específica (artículo 118, 3° párrafo, y artículos 123 y 124). Como consecuencia, hay tres posibles formas en las que una sociedad constituida en

3 Villegas, Candela, "Las sociedades constituidas en el extranjero en la dimensión interna del derecho internacional privado societario argentino", *Ars Boni et Aequi*, vol. 14, n°1, 2018, p.15.

el extranjero puede actuar en el país: a) por actos aislados; b) como ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier tipo de representación permanente y c) el supuesto de constitución de una sociedad en el país, lo que la jurisprudencia ha entendido que también comprende el supuesto en el que la sociedad extranjera participe en una sociedad local. Las exigencias según se encuadren en un supuesto legal o en el otro, varían significativamente. Sin perjuicio de que en todos los casos la sociedad extranjera deberá acreditar su existencia con la presentación de inscripción y estatuto constitutivo. Dicho sistema no atiende a la naturaleza jurídica de la sociedad en sí, sino que se fundamenta en la naturaleza de los actos que ésta realiza. Distingue dos categorías: en primer lugar, los que son común a todo ente colectivo dotado de personalidad jurídica y que hacen a su capacidad genérica o potencial, por ejemplo, actuar en juicio como actora, demandada o tercerista; recibir, donaciones, legados, etc. En estos supuestos impera la extraterritorialidad total, es decir, para la realización de estos actos no se requiere que la sociedad se someta a la ley territorial de donde pretende actuar, bastará con justificar que se constituyó legalmente para que su capacidad sea reconocida de pleno Derecho. En segundo lugar, aquellos actos referidos al espectro del objeto social y que configuran la capacidad específica, impera el territorialismo. Ello implica que para ejercer este tipo de actos deberá someterse a las leyes del país en que pretenda actuar (además de acreditar su existencia, conforme a su estatuto personal). El esquema normativo de la LGS se completa con una norma internacionalmente imperativa, destinada a las sociedades constituidas en el extranjero, pero con domicilio o principal objeto en la Argentina (artículo 124). En tal caso y a fin de evitar la constitución de entes jurídicos en fraude a la ley argentina, las somete plenamente a la constitución, registración y contralor en el país. En relación con las sociedades de tipo desconocido para el régimen local (artículo 119); las equipara a las sociedades que están sometidas al contralor más riguroso, que son las sociedades anónimas.

3.1. Actos aislados

La segunda parte del artículo 118 LGS dispone que la sociedad extranjera se encuentra "habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio". Para actuar en este supuesto, la sociedad deberá acreditar la validez de su constitución de conformidad con el primer párrafo del mismo artículo y para realizar el acto deberá designar un apoderado. La ley del lugar de constitución además de regir la forma, regirá la prueba y todas las exigencias atinentes a la inscripción y publicidad.

Caracterizar al acto aislado ha sido un problema no menor ya que la ley no lo define. Se ha sostenido que a los fines de su delimitación "existen en la Argentina ciertas reglas o principios sugestivos y ejemplificativos, más que definitorios"[4]. Tal laguna ha llevado a que sean las Resoluciones de I.G.J. y los criterios jurisprudenciales los que intentaron dar una definición de acto aislado en cada caso concreto. Esa conducta,

4 Boggiano, Antonio, *Tratado de Derecho internacional privado*, La Ley, 6ta. edición, Buenos Aires, 2017, T.II, p.101.

lejos de ser un atractivo para las inversiones, ha impactado de modo directo en la seguridad jurídica indispensable para la radicación del capital extranjero.

Toda la discusión gira en torno a dos cuestiones: primero, si el o los actos implican el desarrollo de su objeto social (capacidad específica) y si se encuadra en el supuesto de habitualidad y, en segundo lugar, resolver la laguna que existe en el ordenamiento jurídico en relación a las sanciones que se podrían aplicar a aquellas sociedades constituidas en el extranjero que no respeten las exigencias que corresponde cumplir por la LGS según el tipo de actuación que realizan. Parte de la doctrina ha entendido que el acto aislado es un supuesto excepcional que se define por exclusión. Si en el acto que pretende la sociedad extranjera realizar en el país aparecen elementos que denoten su permanencia, será catalogado como parte de su capacidad específica (tercera parte del artículo 118), caso contrario se lo reputará como acto aislado. Por otra parte, se ha entendido que cada caso es único y deben estudiarse las particularidades de éste para determinar si es o no un caso de acto aislado o de ejercicio habitual. Se ha entendido que el acto de adquirir un inmueble -urbano o rural- como inversión inmobiliaria por parte de una sociedad constituida en el extranjero puede considerarse *prima facie* como acto aislado. Pero si el mismo es dado en alquiler o es explotado, lo que originariamente podría calificarse como un acto aislado ha generado una actividad habitual en el país, más aún si se vincula con actos comprendidos en el amplio espectro del objeto social de la sociedad.[5]

3.2. Ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto social

El segundo supuesto contemplado en el artículo 118, tercer párrafo refiere al "ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente". Razonablemente la ley exige acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país, fijar un domicilio en la República, y designar un representante. Asimismo, en caso de que los negocios vayan a ser realizados por la sociedad extranjera *per se*, deberá efectuar una publicación, justificar la decisión de crear una representación local, y se le deberá asignar un capital si alguna ley especial así lo hiciere exigible. En este supuesto, debe tratarse de una actividad habitual y que esté comprendida en el objeto social; esto último es lo que se conoce como capacidad específica. El objeto social, debe estar claramente delimitado y especificado en el contrato constitutivo, donde se establecen las categorías de actos que la sociedad se propone realizar para la consecución de su fin societario, se identifica con el ámbito de actividades económicas prefijado en el contrato o acto constitutivo. Surge de esta manera, que la categoría de actos para cuya realización fue constituida la sociedad, junto a su reiteración (criterio cualitativo-cuantitativo), determinará la necesidad de cumplimiento de todos los requisitos del tercer párrafo del artículo 118. Aquí, la problemática se encuentra en la ausencia de elementos por parte de la norma para determinar cuándo se presenta la habitualidad. Es decir, si tal supuesto de habitualidad se configura con la realización de un único acto de la capacidad específica de la sociedad extranjera, o si -por el

5 Vitolo, Daniel, *Sociedades extranjeras y off shore*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 49.

contrario- es necesario un número determinado de actos para considerarlo como actividad habitual. La norma al mencionar habitualidad, no puede hacer referencia sino a actos sucesivos o reiterados comprendidos en el objeto social. Si así no fuera, el legislador hubiera omitido el concepto de habitualidad, obligando a la sociedad constituida en el extranjero a registrarse en el país para la realización de cualquier acto de capacidad específica, aun cuando sea único. En tal caso, hubiera negado toda hospitalidad a las personas jurídicas foráneas, lo cual constituiría un obstáculo al desarrollo de la actividad comercial en el país.

3.3. Constitución de una sociedad local

La LGS también regula el supuesto en que una sociedad extranjera desee constituir una sociedad local, o bien participar en una sociedad local ya constituida (artículo 123). Si bien no está expresamente indicado en el texto legal, doctrinariamente se ha entendido que adhiere a una concepción amplia de la expresión "constituir sociedad", de lo que se sigue, que su ámbito de aplicación abarca no sólo participar del acto inicial de constitución, sino también la posibilidad de adquirir participación social en una sociedad previamente constituida.

3.4. Sociedad extranjera con sede real o principal objeto en Argentina.

El artículo 124 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) contempla el caso de aquellas sociedades que constituidas en el extranjero tengan su sede real en Argentina o están destinadas al cumplimiento de su objeto social en el país, en cuyo caso, será aplicable el Derecho nacional, por ser considerada como sociedad local. De la redacción de este supuesto, se deriva que la LGS adhiere en este caso a la teoría de la sede, pero sólo cuando la sede se encuentre en la República Argentina, como excepción a la regla general de la ley del lugar de constitución. La norma referida ha sido objeto de discusiones, se la considera una norma internacionalmente imperativa, fundada en el supuesto fraude que la sociedad extranjera pudiera cometer. Por aplicación de este artículo la Inspección General de Justicia (IGJ) ha creado un laberinto de interminables requerimientos, remisiones normativas y discrecionalidades de no muy brillante técnica legislativa. Recientemente dictó una resolución, extralimitándose en sus funciones según nuestro criterio, constituyendo las denominadas sociedades vehículo a las que ha definido como "instrumentos de inversión de otra sociedad extranjera que directa o indirectamente ejerza su control por poseer derechos de voto suficientes para formar la voluntad social de la peticionaria". Dicha norma es una pieza más del intrincado rompecabezas que el capital extranjero debe analizar al momento de decidir la inversión.

La falta de calificación de los conceptos de acto aislado y habitualidad sumados al excesivo rigor prescripto por el artículo 124, restan claridad y seguridad jurídica al régimen societario argentino. Ello suma desaliento a la hora de decidir una inversión a las empresas extranjeras que estuvieran dispuestas a invertir y generar trabajo en el país.

4. Regulación normativa convencional de la República Argentina

En el ámbito convencional, de carácter regional, la regulación está conformada por el Tratado de Derecho Internacional Privado Comercial de Montevideo de 1889[6], el Tratado de Derecho Internacional Privado Comercial Terrestre, de Montevideo 1940[7] y la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) sobre "Conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles".[8] Vale recordar que, la Constitución Nacional concede a los tratados internacionales una jerarquía superior a las leyes, como consecuencia, el marco normativo interno actúa de modo subsidiario, cuando no haya o no resulte aplicable un tratado internacional al caso, en consonancia con lo señalado por el artículo 2594 del C.C.C.N.[9] El primero de los tratados de Montevideo vincula a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El segundo congreso de Montevideo se celebró en 1939 con el objetivo de revisar y actualizar los tratados suscritos en 1889. Los tratados nacidos de este último congreso, solo fueron ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay. Ambos instrumentos han elegido como punto de conexión para regular la existencia y forma de las sociedades comerciales el domicilio comercial legalmente constituido. El de 1940 incorpora la calificación autárquica de domicilio comercial, entendiendo por tal, al lugar en donde el comerciante o la sociedad tienen el asiento principal de sus negocios. Sin embargo, si constituyen en otro Estado, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionen, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí se practiquen (artículo 3). En cuanto a la capacidad de actuación extraterritorial en alguno de los Estados parte de los tratados, adoptan la teoría de la extraterritorialidad parcial con criterio cualitativo refiriendo únicamente a la calidad del acto, que en tal caso se sujetará la sociedad a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos (artículo 5).

Con posterioridad y dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), se llevaron a cabo las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) con el objetivo de avanzar en la codificación del DIPr. pero con un carácter sectorial. En la segunda CIDIP, celebrada en 1979, en la ciudad de Montevideo, se firmó la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, ratificada por Argentina, Bolivia, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (CIDIP II). Es una norma que se aplica de modo exclusivo a las sociedades mercantiles de los Estados parte, que busca unificar criterios a la hora de responder a la pregunta del Derecho aplicable. En primer lugar, dispone como punto de conexión

6 Decreto n° 7.771, de 1956 [con fuerza de ley], que ratifica varios tratados suscriptos en la ciudad de Montevideo. 27 de abril de 1956.

7 Decreto 7.771, cit (n. 6).

8 Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, s.f., ://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-40.html.

9 Artículo 2594. Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

el lugar de constitución de la sociedad para lo concerniente a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, como también la calificación autárquica de lo que se entenderá por "ley del lugar de constitución" entendiendo por tal el lugar donde se cumplen los requisitos de fondo y de forma. Recepta, entre ellas, normas referidas al reconocimiento de pleno Derecho de la sociedad constituida en un Estado parte por los demás, sin perjuicio de estos últimos de poder exigir la prueba de ello (artículo 3); la adopción de la teoría de la extraterritorialidad parcial con criterio cualitativo, refiriendo al ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social, que quedará sujeta a la ley del Estado donde pretende realizarlos, y además, incorpora el supuesto de control sobre una sociedad local para llevar adelante actos que involucren al objeto social de la sociedad controlante (artículo 4).

Del análisis comparativo de las normas convencionales, se advierte que el tratado de 1940 coincide en la solución proporcionada por la LGS, siendo ambos más hospitalarios que los otros en cuanto a la capacidad de actuación de la sociedad extranjera.

5. Comparación entre el régimen argentino y el régimen chileno

A diferencia de la legislación argentina, la ley chilena no proporciona normas indirectas referidas a la existencia y capacidad de las sociedades constituidas en otros países y que pretendan actuar en Chile. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina, mediante la interpretación de ciertas normas de Derecho interno, no dudan en afirmar que se les reconoce extraterritorialidad a las sociedades extranjeras, pero con ciertas limitaciones. La posibilidad de realizar actos que hacen a su capacidad especifica se encuentra habilitada a pesar de que no exista una normativa expresa que así lo establezca. Ha sido la labor jurisprudencial la que fue ampliándola y hoy son numerosas las empresas extranjeras que están incorporadas al circuito económico chileno, realizando el giro habitual de las operaciones de su objeto social. Sin perjuicio de ello, la protección del interés público que subyace en ciertas actividades, impide que las mismas sean desarrolladas por empresas extranjeras. Las compañías de seguro, los bancos y entidades financieras, por ejemplo, necesariamente deben cumplir con ciertos requisitos y constituirse como sociedades chilenas para poder actuar en ese país[10]. A fin de suplir la laguna normativa en materia internacional societaria, el anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, que se encuentra en estudio en el país vecino, consagra el artículo 28 que dispone que: "Personas jurídicas. La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas se rigen por la ley del lugar de su constitución, esto es, la ley del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos para la creación de dichas personas jurídicas". Tal solución coincide en parte, con las disposiciones del instrumento regional suscripto por Chile surgido de la II Conferencia de Derecho Internacional Privado, celebrada en el seno de la OEA.

10 Vial, María, "La lex societatis en el derecho internacional privado chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, n° 2, 2022, pp. 135-161.

Se puede advertir que la ley argentina regula con excesivo detalle la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero mientras que, en Chile, al no existir regulación normativa específica, se presume el reconocimiento y la capacidad de actuación de las personas jurídicas foráneas.

6. Conclusiones

El tráfico privado externo, se incrementa día a día, a través de operaciones comerciales de todo tipo. Ello permite que las empresas crezcan y contribuyan al desarrollo de un país. El régimen jurídico no es neutro ante tales situaciones, por el contrario, puede servir de imán para atraer inversiones o puede constituirse en una barrera que las detenga.

La regulación excesiva no es una buena señal al momento de atraer capitales, construir un régimen societario hospitalario con las personas jurídicas extranjeras, de pocas y claras normas contribuye a la radicación de nuevas fuentes de trabajo y consecuentemente al desarrollo económico. En los últimos años, muchas empresas extranjeras han abandonado Argentina, el régimen jurídico en materia societaria ha sido una de las causas coadyuvantes en tal fenómeno. Las políticas legislativas influyen de manera trascendental en la toma de decisiones, por ello debieran orientarse a considerar el impacto que producen en cada uno de los ciudadanos al momento de ser pensadas. Presumir que toda persona jurídica extranjera que pretende radicarse en el país, tiene intenciones fraudulentas, lesivas al régimen tributario demuestra un pensamiento en exceso chauvinista. Tales políticas afectan no solo el bienestar, sino también la misma supervivencia de los habitantes de una región o país.

La realización de foros como el de las jornadas chilenas de derecho internacional privado permiten generar debates que contribuyan a enriquecer la discusión acerca de cuál es la regulación más favorable, aportando herramientas esclarecedoras que contribuyan al fin último de todo sistema legislativo, cual es el de mejorar la vida de sus ciudadanos.

Bibliografía

Boggiano, Antonio, *Tratado de Derecho internacional privado*, La Ley, 6ta. edición, Buenos Aires, 2017.

Mercado, Pedro, *El análisis económico del derecho*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Richard, Efraín, "El concepto de sociedad. Libertad y responsabilidad en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades", *Estudios de Derecho Empresario,* vol. 21, 2020.

Vial, María, "La lex societatis en el derecho internacional privado chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, n° 2, 2022.

Villegas, Candela, "Las sociedades constituidas en el extranjero en la dimensión interna del Derecho Internacional Privado societario argentino", *Ars Boni et Aequi*, vol. 14, n°1, 2018.

Vitolo, Daniel, *Sociedades extranjeras y off shore*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Legislación

Ley n° 26.994, de 2014, Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

Ley n° 19.550, de 1972, de sociedades comerciales, 1972 (Argentina).

Decreto n° 7.771 de 1956 [con fuerza de ley], que ratifica varios tratados suscriptos en la ciudad de Montevideo (Argentina).

CUESTIONES SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

ISSUES ABOUT INTERNATIONAL JUDICIAL JURISDICTION AND APPLICABLE LAW IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CURRENT TRENDS IN ELECTRONIC COMMERCE

Carlos Domínguez Padilla*

RESUMEN

Los contratos automatizados y su lugar en la contratación electrónica son de suma relevancia para el Derecho Internacional Privado. Estos contratos al operar a través de Internet adquieren el elemento internacional necesario para el objeto de estudio. Hoy en día, con la tendencia hacia la descentralización de las redes operables en las transacciones internacionales se plantean nuevas problemáticas de competencia judicial internacional y de ley aplicable, siendo necesario poner en contexto las características de esta nueva forma de contratar y reinterpretar la normativa internacional, dado que los regímenes jurídicos tradicionales no dan una respuesta clara.

PALABRAS CLAVE: *Contratación automatizada, inteligencia artificial, comercio electrónico, derecho internacional privado, Blockchain.*

ABSTRACT

Automated contracts and their place in electronic contracting are highly relevant to Private International Law. These contracts, when operating through the Internet, acquire the international element necessary for the object of study. Nowadays, with the trend towards the decentralization of operable networks in international transactions, new problems of international judicial jurisdiction and applicable law are raised, making it necessary to put the characteristics of this new way of contracting and reinterpreting international regulations in context, given that traditional legal regimes do not provide a clear answer.

KEYWORDS: *Automated contracting, artificial intelligence, electronic commerce, private international law.*

1. Introducción

Las novedades tecnológicas y su desarrollo están dando lugar a una era de tecnología y aplicaciones que nos llevan a cambios transversales, todo ello basado en los datos que se nutre Internet. Estas novedades forman parte de la llamada Industria 4.0, la

* Doctorando por la Universidad Pablo de Olavide, Doble Máster en abogacía y nuevas tecnologías por la Universidad Pablo de Olavide. Correo electrónico: carlosdom4799@gmail.com

automatización a la que tiende actualmente la Unión Europea para el desarrollo de la sociedad de la información y las nuevas tecnologías[1].

El Internet de las cosas, las comunicaciones electrónicas entre máquinas (m2m), Big Data, *Blockchain*, computación en nube y la inteligencia artificial entre otras tecnologías, son principales protagonistas en los desarrollos actuales.

Actualmente la inteligencia artificial supone un reto de suma relevancia para el tráfico jurídico internacional[2]. La aprobación de los nuevos Reglamentos de mercados y servicios digitales, cuyo fin es la progresión y el desarrollo del Mercado Único Digital Europeo en conjunto con las nuevas tecnologías atrae nuevas cuestiones de actualidad. El incremento exponencial del desarrollo en inteligencia artificial atrae nuevas cuestiones de complejidad diversa para el Derecho Internacional Privado.

Las cuestiones principales que abarcan esta temática y el objeto de estudio son la competencia judicial internacional y por otro lado la determinación de la ley aplicable que abarcan en sí mismas una serie de problemáticas para la aplicación de la inteligencia artificial en el comercio electrónico. Primeramente, debemos preguntarnos hasta qué punto esta nueva tecnología es capaz de cambiar la forma de realizar las relaciones jurídicas transfronterizas. Pues bien, dicho esto, es conveniente resaltar que la inteligencia artificial necesita para operar de datos, tanto personales como no personales. Este hecho nos acerca a la propuesta de Reglamento para la inteligencia artificial que, en su Considerando 11 establece lo siguiente:

"Debido a su carácter digital, algunos sistemas de IA deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento aunque no se introduzcan en el mercado, se pongan en servicio ni se utilicen en la Unión. Tal es el caso, por ejemplo, de un operador establecido en la Unión que contrate determinados servicios a otro operador establecido fuera de la Unión en relación con una actividad que llevará a cabo un sistema de IA que se consideraría de alto riesgo y que tiene repercusiones para las personas físicas ubicadas en la Unión. En dichas circunstancias, el sistema de IA usado por el operador de fuera de la Unión podría tratar datos recabados legalmente en la UE y transferidos desde su territorio, y proporcionar al operador contratante ubicado en la Unión la información de salida generada por dicho sistema de IA a raíz de su tratamiento, sin que el sistema de IA en cuestión se introduzca en el mercado, se ponga en servicio o se utilice en la Unión. Para evitar la elusión de este Reglamento y asegurar la protección efectiva de las personas físicas ubicadas en la Unión, el presente Reglamento también debe aplicarse a los proveedores y usuarios de sistemas de IA establecidos en un tercer país, en la medida en que la información de salida generada por dichos sistemas se utilice en la Unión (...)".

Es decir, la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial ya plantea de por sí una eficacia *erga omnes* en consonancia con el origen de los datos que adquiera, use o transfiera el sistema de inteligencia artificial proveniente de la Unión Europea.

1 Illescas, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2019.

2 Comisión Europea, Inteligencia artificial para Europa [SWD(2018) 137 final], COM(2018) 237 final. Bruselas, 25 de abril de 2018.

Esta cuestión nos lleva a plantear, por otro lado, que recientemente se ha discutido sobre la necesidad de regular el propio campo de la inteligencia artificial y poner límites para evitar el desarrollo de la llamada inteligencia artificial general. *Blockchain*, por su parte, se ha puesto de moda y, si bien ha presentado serios desafíos, sus incansables esfuerzos para implementarlo, extrañamente, han creado confianza en el futuro de las comunidades digitales.

2. Las nuevas tecnologías en el comercio electrónico

Es necesario tener en consideración que la inteligencia artificial presentará desafíos en su implementación, pero no debemos ignorar *Blockchain*, a pesar de su enfoque en la verificación y continuidad, brinda un mayor nivel de seguridad, control y confianza. El papel de las cadenas de bloques es generar confianza, transparencia y mediación, por tanto, existe el desafío de hacer que la inteligencia artificial funcione y se comuniquen entre sí. La aparición de nuevos sistemas de seguimiento y autenticación, como las cadenas de bloques, puede permitir el registro de activos, transacciones y participantes, lo que puede proporcionar información valiosa sobre la procedencia y el historial. De esta forma, las soluciones basadas en *Blockchain* pueden detectar rápidamente comportamientos potencialmente ilegales o erróneos, tanto en el propio sistema como en los productos que desembocan en mercados ilícitos. Así, se puede apreciar que la proliferación de tecnologías digitales -como *Blockchain*- es clave para el desarrollo de la inteligencia artificial.

3. Perspectiva desde el Derecho Internacional Privado

Especialmente en un contexto internacional, es muy importante contar con un marco legal verdaderamente aplicable. Para garantizar la seguridad de las transacciones, *Blockchain* parece ser una tecnología descentralizada y existen incertidumbres legales, como la naturaleza legal de sus redes y el intercambio de registros digitales, que incluyen cuestiones jurisdiccionales y leyes aplicables; por lo tanto, porque no hay una "parte central" responsable del registro digital, y cada nodo de la red puede colocarse en una ubicación diferente y editarse utilizando su nacionalidad, es que surgen múltiples interrogantes. Cuando Internet se convierte en parte de la vida cotidiana es necesario examinar cómo se adapta el sistema de Derecho Internacional Privado a las nuevas exigencias.[3] Los datos pueden encontrarse en servidores, nodos, etc. *Blockchain* y la inteligencia artificial siempre tendrán un componente internacional, ya que los datos de los que se nutren se almacenan o transfieren entre diferentes países. Dado que muchos proveedores de servicios pueden almacenar datos de clientes en cualquier país en el que operen, estas cuestiones plantean cuestiones cada vez más complejas de Derecho Internacional Privado, el elemento extranjero

3 Merchán, Antonio. "Competencia judicial y ley aplicable al uso de Blockchain y la Inteligencia Artificial como retos en paralelo", en Fernández-Pacheco, G. y Llaquet de Entrambasaguas, J. (dirs.), *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Público y Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 203-230.

de las relaciones contractuales. Si surge este factor, el caso relevante puede estar ante más de un tribunal, y la relación jurídica puede regirse por diferentes leyes.[4]

Cabe recordar que también encontraremos otras cadenas de suministro e intermediarios, como proveedores de infraestructura o telecomunicaciones[5], por lo que es necesario desarrollar lineamientos específicos para definir y distinguir los derechos e intereses relevantes de los controladores, conectores y procesadores que trabajan en el cumplimiento de la obligación de servicio en la nube, como proveedores de servicios, intermediarios de la cadena de valor, etc. No se pueden olvidar los detalles de la tecnología *Blockchain*, la inteligencia artificial y la computación en la nube, porque estas tecnologías irán de la mano, a menos que funcionen de manera independiente. Todo ello plantea cuestiones sobre competencia judicial internacional y sobre ley aplicable en caso de infracción, en supuestos de materia contractual o extracontractual, ya que el lugar de establecimiento pertinente de un prestador de servicios será difícil de determinar, por ejemplo, cuando se trate de usuarios ubicados fuera de la Unión Europea (en adelante UE), o de proveedores de fuera de la UE, cuando utilicen equipos que funcionen en la UE[6]. En este sentido, es posible que los factores tradicionales no puedan ser fácilmente identificados en el caso de un determinado supuesto. Ante esto, el uso de los servicios va a plantear un riesgo importante, que consiste en ver cómo la responsabilidad se puede diluir respecto de las operaciones llevadas a cabo por los proveedores de servicios, si los criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros[7].

4. Competencia judicial internacional

Las nuevas formas de contratación eliminan las barreras geográficas mediante el uso de contratos automatizados para permitir la compraventa de bienes o la prestación servicios a través de recursos tecnológicos en red. Ello implica que las partes de una relación contractual pueden celebrar un contrato a distancia. La contratación electrónica a través de Internet, como en el caso de los contratos automatizados, es de gran interés en el Derecho Internacional Privado porque Internet representa un contexto verdaderamente internacional y descentralizado. Por estos motivos, en ocasiones, no es viable dar respuestas a los conflictos que puedan ocasionar la contratación a través de sistemas automatizados mediante los regímenes jurídicos tradicionales e internos de un sistema jurídico.

Cada Estado dispone de sus propias normas reguladoras de relaciones jurídicas que surgen entre personas, a su vez, en ocasiones en un mismo Estado pueden convivir varias normativas de carácter estatal con otras de carácter local, regional o supranacional. En cuanto se adquiere el elemento internacional ya supone un caso objeto del Derecho Internacional Privado.

4 De Miguel Asensio, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2015, p. 445.

5 CNUDMI/UNCITRAL, Aspectos contractuales de la computación en la nube, ob. cit., p. 4.

6 Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 908.

7 Merchán, cit. (n. 3), pp.203-230.

Estas relaciones jurídico-privadas internacionales implican mayor inseguridad jurídica dada la implicación de distintos ordenamientos jurídicos, por ello es necesario resolver las principales cuestiones jurídicas como son la competencia judicial internacional y la determinación de la ley aplicable[8].

Es por estos motivos la importancia y la necesidad de ofrecer soluciones para conflictos que puedan surgir en estas relaciones jurídicas en el comercio electrónico. Por lo tanto, la única vía factible para dar respuesta a estas cuestiones, en el ámbito europeo, es aplicando el régimen general de obligaciones contractuales regulado en los reglamentos comunitarios.

En los *smart contracts* la relación contractual se puede ejecutar de dos formas, dependiendo de los sujetos que participan en el contrato, por lo que debemos diferenciar los contratos automáticos celebrados entre empresas (B2B) u los contratos automáticos celebrados entre empresarios y consumidores (B2C).

Las diferentes circunstancias que rodean a estas relaciones contractuales, así como, en especial, la presencia de una parte débil en una de ellas, suponen una diferenciación en cuanto al régimen jurídico aplicable a las mismas e igualmente abren las posibilidades a la utilización de mecanismos distintos para la resolución de las controversias que pueden surgir en este ámbito.

Para establecer la competencia judicial internacional cuando se haya ocasionado conflictos en los supuestos de los contratos automatizados celebrados entre empresas (B2B), es necesario recurrir a las reglas generales recogidas en el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I Bis).

En cuanto a la determinación de la ley aplicable para dichos contratos, se debe acudir a las reglas generales previstas en el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I).

Los contratos automatizados entre empresarios (B2B), se relacionan con el uso de servidores seguros, que se reconocen por su navegación mediante el protocolo HTTPS, y que proporciona a las empresas la posibilidad de hacer todo tipo de compraventa a través de Internet en tiempo real, por lo que las empresas podrían usar los contratos automatizados en una de las fases de la contratación o en toda la relación contractual.

En lo que se refiere a la competencia, la voluntad de las partes de elegir el tribunal sólo es válida cuando se cumplen dos requisitos. Por un lado, se debe tratar de una elección de ambas partes contratantes de un tribunal de un Estado miembro. En segundo lugar, al menos una de las partes del conflicto debe tener su domicilio en un Estado miembro. Si no se cumpliese ambas condiciones no procedería la aplicación de las reglas comprendidas en dicha disposición. Además, el pacto sobre

8 Fernández, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2013, p. 577.

el tribunal competente se debe celebrar por escrito. Con esa condición, se quiere garantizar que el acuerdo concluido entre los contratantes del tribunal competente se ha perfeccionado con pleno consentimiento de ambas partes[9].

Así lo establece el artículo 7° del Reglamento Bruselas I bis y el artículo 5° del Convenio de Lugano II recoge, la sumisión expresa en el inciso b de ambos preceptos, por tanto, tal como señala el, artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis y artículo 23 del Convenio de Lugano II: "1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva salvo pacto en contrario entre las partes[10].

Está previsto en el artículo 26 del Reglamento Bruselas I bis, en el artículo 24 del Convenio de Lugano II y en el artículo 22 bis LOPJ 2015, que el Reglamento Bruselas I bis es formalmente aplicable si estamos en su ámbito de aplicación material artículo 1° y el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro; y en el caso del Convenio de Lugano II, cuando el domicilio del demandado se encuentre en Suiza, Noruega, Islandia o Liechtenstein.

El artículo 26 del Reglamento Bruselas I bis atribuye competencia al tribunal ante el cual compareciere el demandando, salvo que el objeto de su comparecencia sea impugnar la competencia o exista otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24. Así lo señala el artículo 26 del Reglamento Bruselas I bis "con independencia de los casos en los que su competencia resulta de otras disposiciones por el presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24".

Respecto a los foros generales sería necesario que en los contratos automatizados utilizados en este tipo de relaciones contractuales se cumplan los requisitos establecidos en dicha normativa. Una de las formas para cumplir las exigencias establecidas en esa regulación sería, que al celebrar el contrato automatizado se configure –para que ambas empresas manifiesten su acuerdo en cuanto a la competencia judicial que deseen acordar– el almacenamiento en las cadenas de bloques, siendo estos medios de prueba de que el acuerdo se pactó de forma voluntaria y escrita. En la aplicación de la sumisión tácita no se ve complicación, ya que se establecerá cuando el demandado responda a la demanda[11].

9 Ortega, Alfonso, *Smart contracts y derecho internacional privado*, Aranzadi, Madrid, 2019.

10 Rodríguez, Andrés, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.

11 Ortega, cit (n. 9).

El domicilio del demandado en un Estado miembro, en principio funciona sin complejidad, siempre u cuando una empresa (demandante) que ha establecido una relación contractual por medio de un contrato automatizado quiera iniciar un procedimiento judicial frente a la otra empresa (demandado). Se debe identificar el domicilio habitual de la empresa que se encuentra en la posición de demandado[12].

En algunas ocasiones la identificación del domicilio del demandado podría presentar dificultad en su singularización, ya que algunas empresas que operan a través de Internet proporcionan el domicilio aparente o incluso no dicen nada sobre su localización. Este inconveniente se subsanaría a través de mecanismos como firma electrónica que se podrían usar en los contratos automatizados.

La normativa señala que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, como se aprecia en el artículo 4° del Reglamento Bruselas I bis y el artículo 2° del Convenio de Lugano II.

Luego, también cabe que se emplee como factor que ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, y dicho lugar será el establecido por el artículo 7° del Reglamento Bruselas I bis y el artículo 5° del Convenio de Lugano II, prescribiendo que "1. Cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercancías. 2. Cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.".

El inconveniente que plantea con los contratos internacionales celebrados a través de sistemas automatizados entre empresas es que cabe la posibilidad de desconocer el domicilio del demandado ya que es muy común, en las contrataciones a través de medios electrónicos que las empresas no identifiquen correctamente sus datos ni en qué Estado tienen su domicilio. Para resolver este tipo de dificultad, en la normativa nacional española se han propuesto dos soluciones, por un lado, la utilización de la firma digital y, por otro lado, es obligatorio que las empresas que actúan en el mercado económico, a través de Internet, se identifiquen. Por lo que al celebrar un contrato mediante sistemas automatizados se deberá tener en cuenta los datos proporcionados de ambas empresas.

5. Ley aplicable

La ley de servicios de la sociedad de la información (en adelante, LSSICE) en España, en su artículo 26, determina que la ley aplicable a los contratos electrónicos será aquella que estipulen las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2° y 3° de esa Ley.

12 Rodríguez, cit. (n. 10).

El Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), previene, en su artículo 1° que en materia mercantil y civil se aplicará a las obligaciones contractuales, incluidos los contratos automatizados. Para este Reglamento, independientemente del lugar de constitución y el lugar de cumplimiento del contrato lo más importante para determinar la ley aplicable es la libre disposición de las partes y la residencia habitual de las mismas según se refleja en sus artículos 3° y 4°. La libre elección de la ley aplicable habrá de ser expresa e inequívoca según los términos del contrato. En defecto de ley aplicable, salvo las reglas especiales para determinados contratos, el artículo 4° establece que el contrato se regirá por el Derecho con conexiones más estrechas y vínculos más próximos, regla específica y una cláusula de escape. Según el tipo de contrato será, una u otra la regla aplicable, generalmente será la de la residencia habitual[13].

La identificación de las partes es fundamental para determinar la competencia judicial y la ley aplicable a cualquier tipo de contrato. En los contratos con tecnología *Blockchain* puede resultar extremadamente complicado, de aquí la necesidad de establecer previamente la elección de las mismas.

6. Valor probatorio de los contratos automatizados

Las características propias de la tecnología *Blockchain* pueden aportar a los jueces una fuente de prueba muy eficaz. La analogía de los contratos automatizados y los contratos electrónicos, y la aplicación del artículo 24 de la LSSICE o la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), en sus artículos 299 y 384, permitirían la aportación de las DLTs como prueba cualificada en el proceso judicial bajo las reglas de la sana crítica, para la verificación de la identidad de las partes que operan en la red descentralizada; la autenticidad de las firmas, la fecha de la operación o el contenido de los datos registrados en un contrato automatizado.

La Ley Modelo CNUDMI, de 2018, sobre documentos transmisibles electrónicos[14] contiene normas de carácter general basadas en los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica[15], de forma que: "el ámbito de aplicación...el principio de la neutralidad tecnológica entraña adoptar un enfoque neutral respecto de los sistemas que se utilicen, lo que permite recurrir a distintos modelos basados en diversas tecnologías, ya sean la de base registral, la de tokens, la de registros descentralizados u otras". Para el reconocimiento jurídico de un documento transmisible electrónico dispone que: "Para los sistemas que carecen de un operador centralizado, como los basados en el uso de tokens o en registros descentralizados, el consentimiento para que se utilice un documento transmisible electrónico puede

13 Rodríguez, cit. (n. 10).

14 UNCITRAL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf (Última visita el 30 de abril de 2023).

15 Madrid, Agustín, "Contenido esencial de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Documentos Transmisibles Electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n° 48, 2018.

estar implícito e inferirse de circunstancias como el ejercicio del control sobre el documento electrónico o el cumplimiento de la obligación contenida en él".

En cuanto a la indicación de la fecha, hora y lugar en los documentos transmisibles señala[16]: "Los métodos disponibles para indicar la fecha y hora y el lugar en los documentos transmisibles electrónicos pueden variar según el sistema que se utilice. Por consiguiente, el artículo 13 se basa en un enfoque de neutralidad tecnológica que es compatible con los sistemas de base registral y los sistemas de tokens, registros descentralizados y otras tecnologías. La referencia al empleo de un método fiable para indicar la fecha y hora deja abierta la posibilidad de que se recurra a servicios de confianza, como el de estampado de fecha y hora fiable".

La Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza complementa el Reglamento (UE) 910/2014, que garantiza la equivalencia jurídica entre la firma electrónica cualificada y la firma manuscrita, pero permite a los Estados miembros determinar los efectos de las otras firmas electrónicas y de los servicios electrónicos de confianza en general[17]. Se modifica la regulación anterior al atribuir a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza cualificado una ventaja probatoria. Se simplifica la prueba, basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014. A su turno, la Ley 6/2020, dispone en el artículo 3.2 que: "La prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 326 de LEC. Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto.

7. Conclusiones

Las comunicaciones electrónicas cruzan fácilmente las fronteras nacionales, sin una conexión específica con la región donde se encuentra la tecnología, y los usuarios no necesitan una presencia física en el país donde se encuentra el foro para participar en eventos globales. Para garantizar la seguridad de las transacciones, *Blockchain* parece ser una tecnología descentralizada y existen incertidumbres legales, como la naturaleza jurídica de sus redes y el intercambio de registros digitales, que incluyen cuestiones jurisdiccionales y de leyes aplicables; por lo tanto, porque no hay una "parte central" responsable del registro digital, y cada nodo de la red puede colocarse en una ubicación diferente y editarse utilizando su nacionalidad[18]. Debe comprobarse la adaptación del sistema de Derecho Internacional Privado a los nuevos requisitos. La informática, la robótica, la electrónica, la inteligencia artificial o internet configuran una nueva revolución tecnológica que no deja indiferente al Derecho, el cual deberá

16 Ruiz, Miguel, "Ley Modelo CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos y la referencia expresa a la tecnología Blockchain", consultado en: http://invedet.org/blog/destacados/ley-modelo-cnudmi-sobre-documentos-transmisibles-electronicos-y-la-referencia-expresa-a-la-tecnologia-blockchain/ (Última visita el 1 de mayo de 2023).

17 Martínez, Apolonia, "La firma electrónica, clave para la seguridad en la Sociedad de la Información", *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, n° 169, 2004, pp. 3-4.

18 Merchán, cit. (n. 3).

seguir garantizando los derechos de los ciudadanos desde otra esfera más, la digital. Ha de ser un Derecho más dinámico y ágil, capaz de dar respuesta a los nuevos retos sociales que están surgiendo; estamos ante una nueva era que puede replantear la propia concepción teórica y práctica del Derecho.

Existe una tendencia supranacional hacia la unificación de la disciplina de los contratos debido a la expansión del comercio internacional y el auge de las nuevas tecnologías para proporcionar mayor seguridad jurídica a las operaciones comerciales.

Las ventajas que esta tecnología podría aportar a empresas y usuarios obligarán, cada vez má,s a la digitalización de la sociedad, cambiando la forma de interrelacionarnos y puede que el paradigma del Derecho actual.

Bibliografía

Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018.

Cnudmi/Uncitral, Aspectos contractuales de la computación en la nube.

Comisión Europea, Inteligencia artificial para Europa [SWD(2018) 137 final], COM(2018) 237 final. Bruselas, 25 de abril de 2018.

De miguel, Pedro, *Derecho Privado de Internet,* Civitas, Madrid, 2015.

Fernández, José Carlos y sánchez, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2013.

Illescas, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2019.

Madrid, Agustín, "Contenido esencial de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Documentos Transmisibles Electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n° 48, 2018.

Martínez, Apolonia, "La firma electrónica, clave para la seguridad en la Sociedad de la Información", *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, n° 169, 2004.

Merchán, Antonio, "Competencia judicial y ley aplicable al uso de Blockchain y la Inteligencia Artificial como retos en paralelo", en Fernández-Pacheco, G. y Llaquet de Entrambasaguas, J. (dirs.), *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Público y Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 203-230.

Ortega, Alfonso, *Smart contracts y derecho internacional privado*, Aranzadi, Madrid, 2019.

Rodríguez, Andrés, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.

Ruiz, Miguel, "Ley Modelo CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos y la referencia expresa a la tecnología Blockchain". Disponible en:

http://invedet.org/blog/destacados/ley-modelo-cnudmi-sobre-documentos-transmisibles-electronicos-y-la-referencia-expresa-a-la-tecnologia-blockchain/

Uncitral: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf

Legislación

Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I).

Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I Bis).

Convenio de Lugano II, de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Ley Orgánica del Poder Judicial (España)

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (España).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (España).

Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza complementa el Reglamento (UE) 910/2014 (España).

ALIMENTOS INTERNACIONALES, LA IMPORTANCIA DE SER CONSIDERADOS COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA Y EL ROL DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL MOMENTO DE HACERLOS EFECTIVOS

INTERNATIONAL MAINTENANCE, THE IMPORTANCE OF BEING CONSIDERED AS AN AUTONOMOUS CATEGORY AND THE ROLE OF INTERNATIONAL COOPERATION IN MAKING IT EFFECTIVE

María José Rodríguez Rocha*

RESUMEN

A través de este trabajo se pretende destacar la relevancia de la regulación autónoma de la prestación internacional de alimentos por distintas normas de Derecho Internacional Privado, considerándose fundamental la existencia de un efectivo mecanismo de cooperación internacional que permita el cumplimiento de la obligación a través de las fronteras, con el principal objetivo de brindarle una serie de garantías al acreedor alimentario, fundamentalmente en aquellos casos en los que se trata de un menor edad.

PALABRAS CLAVE: *Alimentos internacionales; cooperación internacional; Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero, de 1956*

ABSTRACT

The purpose of this paper is to highlight the relevance of the autonomous regulation of the international provision of maintenance by different rules of Private International Law, considering fundamental the existence of an effective mechanism of international cooperation that allows the fulfillment of the obligation across borders, with the main objective of providing a series of guarantees to the maintenance creditor, mainly in those cases in which a minor is involved.

KEYWORDS: *International maintenance; international cooperation; Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, of 1956.*

1. Autonomía de la categoría en el Derecho Internacional Privado

1.1. Relevancia de su consagración

Para los alimentarios, el derecho a obtener alimentos se traduce en el derecho a percibir, por parte de los alimentantes (obligados a la prestación), una pensión que

* Profesora Ayudante de Derecho Internacional Privado de Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Dra. en Derecho y Ciencias Sociales. Asesora Letrada de Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay. Su correo electrónico es: marirodriguez@hotmail.com.

les permita subsistir de forma decorosa, de forma tal que resulten cubiertas sus necesidades básicas de salud, vivienda, vestimenta, educación y otras cuestiones de carácter complementario; esto resulta ser de urgente consideración, principalmente cuando el beneficiario de la prestación es un menor.

La obligación alimentaria es internacional cuando existe un elemento de extranjería que así lo determina, lo que suele suceder cuando acreedor y deudor de alimentos se domicilian en Estados distintos, tienen sus residencias habituales en Estados diversos, o incluso cuando sin cumplirse este elemento, el deudor de alimentos percibe ingresos o tiene bienes en un Estado distinto al de su domicilio o residencia habitual.[1] En estas hipótesis, la necesidad de considerar la categoría con carácter autónomo resulta indudable, con el fin de determinar (principalmente) cuál es la ley aplicable a este tipo de relaciones jurídicas en las que una de las partes (acreedor) se encuentra en situación de vulnerabilidad respecto a la otra (deudor).

1.2. Regulación de la categoría

Existen distintas normas de Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.) de fuente internacional que regulan los alimentos internacionales de forma exclusiva, estas son: el Convenio de Nueva York sobre la obtención de alimentos en el extranjero, de 1956; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 1989; las Convenciones de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a menores, de 1956 y de 1973; el Convenio de La Haya relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a los menores, de 1958; el Convenio de La Haya sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias, de 1973; el Convenio de La Haya, de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, de 2007, y el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias. Corresponde mencionar que tanto Chile como Uruguay son parte del Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero (Nueva York, 1de 956); no obstante, el Uruguay también ratificó la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, siendo parte, asimismo, de otros convenios bilaterales sobre alimentos, con España y con Perú.

En lo que respecta al DIPr. de fuente interna, en Uruguay contamos con la ley n°19.920,[2] la que detalla en su artículo 29 que las "obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos se regulan por la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor de alimentos o por la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del deudor de alimentos, a opción del acreedor". Al detenernos en el texto enunciado advertimos que los redactores de la misma se inspiraron principalmente en el artículo 6° de la Convención interamericana sobre

1 Fresnedo, Cecilia, *"Derecho Internacional Privado, Tomo II, Parte especial, Derecho Internacional Privado Civil y Comercial"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2022, p. 204.

2 Ley n° 19.920, Ley General de Derecho Internacional Privado, 2020. (Uruguay), disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020 (consultada: 14 de junio de 2023).

obligaciones alimentarias,[3] sin perjuicio de guardar con ésta algunas diferencias; entre ellas, la que refiere al protagonista de la elección, si bien en ambos casos (Ley General de Derecho Internacional Privado y Convención Interamericana), nos encontramos ante una norma de conflicto materialmente orientada, teniendo el elector la posibilidad de seleccionar el Derecho sustantivo aplicable, en consideración de cuatro posibles puntos de conexión, pudiendo optar por aquel que resulte ser el más favorable a la efectiva satisfacción de la prestación; en el caso de la Ley, esa elección corresponde al mismo acreedor de alimentos (principal interesado en el cobro de los mismos), mientras que en la norma de fuente internacional es "la autoridad competente" la que tiene la potestad de elegir la legislación aplicable.

Respecto a Chile, el artículo 33 del Anteproyecto de Ley de DIPr.[4] (enviado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para su consideración), establece que las "obligaciones alimentarias se rigen por la ley de la residencia habitual del alimentario al momento de interponerse la acción."

Resulta fácil advertir la similitud entre ambas disposiciones (Ley uruguaya y Anteproyecto de Ley chileno); no obstante, las diferencias básicas consisten en que, mientras que el Anteproyecto consagra un único punto de conexión, siendo éste la residencia habitual del alimentario a efectos de determinar el Derecho aplicable a la relación jurídica, en la ley uruguaya la selección del punto de conexión queda reservada al propio acreedor de la prestación, por lo que estamos ante una norma optativa, es decir, es la persona interesada o quien haga sus veces de representante legal, quien deberá optar entre la ley de su domicilio o residencia habitual o la ley del domicilio o residencia habitual del deudor, según cuál sea la legislación que le garantice un cobro más rápido y efectivo de la prestación. Sin perjuicio de dichas diferencias, ambas normas persiguen una misma finalidad: la protección del necesitado de alimentos por ser éstos indispensables para su vida, es así que las dos, de una u otra forma adoptan el punto de conexión residencia habitual, siendo considerada tal, aquel lugar en el que la persona tiene su centro de vida, para cuya constitución en el caso de los menores de edad, serán considerados aspectos como la concurrencia de los mismos a centros educativos, clubes deportivos y generación de vínculos que muestren la integración de los niños al medio social, lo que deberá extenderse en el tiempo de forma ininterrumpida a efectos de conformarse la habitualidad. En cuanto a la extensión del intercambio entre el sujeto y su medio, no existe una duración predeterminada que nos permita calificar a la residencia como residencia habitual, ésta, es el resultado de la continuidad del vínculo, su fluidez y estabilidad, siendo consecuencia de la conjunción de dos factores: cuantitativo, respecto al tiempo de permanencia en el lugar (el que no puede implicar una estadía

3 *"Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor"*. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, artículo 6°, disponible en: https://www.oas.org./juridico/spanish/tratados/b-54.html (consultada: 14 de junio de 2023).

4 Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. (Chile), disponible en: https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e23cc3e0-6680-402c-a5a2-0de1bc3fb695/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado.pdf. (consultada: 14 de junio de 2023).

transitoria ni breve), y cualitativo: respecto a la demostración de que ese lugar es efectivamente el marco de vida del sujeto.[5]

En relación a Uruguay, es bueno destacar que la regulación de la prestación internacional de alimentos de forma autónoma, se terminará de coronar con la aprobación del proyecto de ley que los regula con carácter exclusivo este asunto, actualmente a consideración de nuestro Parlamento, cuyo artículo 6° dispone que las "obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán, a opción del actor, por: a) El derecho sustantivo del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor. b) El derecho sustantivo del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor. c) El derecho sustantivo del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Sin perjuicio de lo previsto en el inciso anterior, el Tribunal competente, mediante decisión fundada, podrá aplicar su derecho interno, si éste consagra soluciones más beneficiosas para el interés del acreedor alimentario".[6]

El artículo 6° de dicho proyecto (norma materialmente orientada, al igual que el artículo 29 de la ley n° 19.920 y el artículo 6° de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias), incorpora otra opción para el actor a la hora de elegir la ley aplicable, no presente en la Ley General referida, contemplando el Derecho del Estado con el que el deudor de alimentos tenga vínculos personales u obtención de beneficios económicos, todo ello, en favor del acreedor alimentario y el efectivo cobro de la prestación, opción también presente en la Convención interamericana, la que constituye la mayor fuente de inspiración de la futura ley. No obstante, el último inciso del artículo que nos ocupa admite la posibilidad de que el juez competente, de forma fundada, pueda aplicar su propio Derecho siempre que resulte más favorable para el acreedor de alimentos, lo que refuerza el carácter tuitivo de la norma en relación a la parte más vulnerable de la relación.

2. La Convención de Nueva York, sobre la obtención de alimentos en el extranjero, de 1956, como instrumento de cooperación internacional.[7]

2.1. Su importancia y alcance

Si bien la regulación de la categoría de forma autónoma en el sistema de DIPr. es de especial relevancia al momento de brindar una protección efectiva a los acreedores alimentarios (particularmente a los niños), dada la creciente movilidad migratoria, resulta primordial que la cooperación internacional facilite el efectivo cobro de los

5 Santos, Rubén, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, Montevideo, 1999, pp. 221 a 226.

6 Proyecto de Ley sobre Prestación Internacional de Alimentos. (Uruguay), disponible en: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/49/291/0/PDF (consultada: 14 de junio de 2023).

7 Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero (Nueva York – 1956), disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convención%20sobre%20la%20obtención%20de%20alimentos%20en%20el%20Extranjero%20Republica%20Dominicana.pdf (consultada 14/06/2023).

alimentos; a dichos efectos, la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero (en adelante Convención de Nueva York), ratificada tanto por Chile como por Uruguay, es de gran utilidad a la hora de proporcionar a los alimentarios un "mecanismo sencillo y gratuito para hacer efectivo su derecho a través de las fronteras"[8]; no obstante, dado que la norma solo tiene carácter instrumental, es conveniente que sea aplicada junto a otro convenio que regule la ley aplicable y el juez competente en relación a la categoría. En el caso de Uruguay, la profesora Fresnedo recomienda que sea complementada con la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 1989.

A pesar de tratarse de una Convención que regula la forma, pero no el fondo en materia de alimentos, como sostiene el profesor Santos, su carácter pragmático y las facilidades que brinda en el procedimiento para reclamar la prestación alimentaria, siguen siendo importantes en la actualidad, habiendo recomendado la propia C.I.D.I.P, su ratificación a los países americanos.[9]

La finalidad de la norma, responde al contexto social en el que se originó; transcurrida la segunda guerra mundial, las Naciones Unidas manifestaron su interés en dar una rápida respuesta a los problemas generados de la mano de los grandes movimientos migratorios y la consecuente división familiar, lo que marcó el puntapié inicial para la elaboración de dos proyectos (uno inspirado en los trabajos de UNIDROIT, y el otro en la actividad conjunta de países interesados en la aprobación de una norma eficiente de cooperación internacional en la materia). Ambas propuestas fueron presentadas para su consideración por el Consejo Económico y Social, en su 14ª sesión, convocándose en el mes de mayo de 1956 una Conferencia Internacional en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, donde fue aprobado el instrumento[10].

Tal como se establece en su preámbulo, el Convenio de Nueva York pretende responder a la urgencia de resolver el problema humanitario generado en relación a las personas carentes de recursos, titulares del derecho a percibir alimentos de otros individuos que se encuentran en el extranjero, con el objetivo de disminuir los inconvenientes legales y prácticos que ello conlleva al momento de efectivizar su derecho; no obstante, más allá de la intención literal de la norma, su puesta en marcha depende fundamentalmente de las medidas que cada Estado parte adopte para lograr su aplicación eficaz en el caso concreto.

2.2. Organismos intervinientes en la cooperación

El Convenio establece la colaboración entre Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias con el fin de facilitar la obtención de alimentos respecto de personas que se encuentran en distintos Estados Parte de la Convención, dando la posibilidad al acreedor de litigar a distancia o ejecutar (en un Estado distinto a aquel en el

8 Fresnedo, Cecilia, "Obligaciones alimentarias en el Derecho Internacional Privado vigente en Uruguay", *Revista uruguaya de Derecho de Familia,* vol. 14, nº 17, 2004, p. 135.

9 O.E.A. A.G Ordinaria- ix Período de Sesiones. La Paz 1979. Resolución No. 445, cit. por Santos, cit (n. 5), p. 54.

10 Santos, cit. (n. 5), pp. 45-47.

que se encontrare) una sentencia de alimentos dictada en su favor, sin necesidad de trasladarse al Estado a cuya jurisdicción está sujeto el deudor alimentario.

Conforme al artículo 2° del Convenio cada Estado deberá, a la hora de depositar el instrumento de ratificación, designar una o más autoridades judiciales o administrativas que cumplan el rol de Autoridades Remitentes; debiendo en el mismo acto designar un organismo público o privado para que desempeñe las funciones de la Institución Intermediaria.

En Uruguay, la Autoridad Remitente y la Institución Intermediaria fueron determinadas mediante el Decreto n° 216/003, del Ministerio de Relaciones Exteriores, pasando a desempeñar la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional el rol de Autoridad Remitente, y el Ministerio Público y Fiscal el rol de Institución Intermediaria. Respecto a Chile, es la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana actúa como Autoridad Remitente y como Institución Intermediaria, con arreglo a lo previsto en el Decreto n° 354, de 1982, del Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país.

2.3. Funciones de las Autoridades participantes

El procedimiento de colaboración entre Autoridad Remitente e Institución Intermediaria (quienes prestarán su servicio de forma gratuita, como señala el artículo 9°), se inicia con la presentación de la solicitud por parte del acreedor de alimentos (o su representante legal) ante la Autoridad Remitente que, de acuerdo con el artículo 3° numeral 4 del Convenio, debe ajustarse a la ley del Estado de la Institución Intermediaria, sin perjuicio de tener que contar con determinados datos especificados en el numeral precitado, los que permitirán identificar al demandante y al demandado, siendo detallados sus domicilios, nacionalidad y ocupación, fundando, asimismo, la pretensión y su objeto, señalándose también lo pertinente sobre la situación económica del deudor y del acreedor alimentario. La solicitud deberá ser acompañada de los documentos de prueba correspondientes, un poder para que la Institución Intermediaria pueda actuar en nombre del acreedor, una fotografía del mismo y otra del deudor.

Una vez presentada la solicitud por el alimentario, la Autoridad Remitente revisará que ésta, así como los demás documentos, reúnan los requisitos de forma de acuerdo con la ley del Estado del demandante, remitiéndoselos a la Institución Intermediaria del Estado del alimentante, pudiendo ésta rechazarla si considerara que la solicitud no ha sido formulada de buena fe.

En el caso en el que el acreedor ya hubiera tramitado un juicio para obtener alimentos en el Estado en el que se encontrare, la Autoridad Remitente enviará también a la Institución Intermediaria, a solicitud del demandante, la decisión provisional o definitiva que se hubiera dictado, o cualquier acto judicial, que exista en su favor en materia de alimentos (artículo 5°). Asimismo, el Convenio también se aplica para el caso de solicitudes de modificación de decisiones judiciales ya adoptadas respecto a la prestación alimentaria (artículo 8°).

De acuerdo con el artículo 6° la Institución Intermediaria agotará las medidas para lograr el efectivo pago de alimentos, incluso por transacción; siendo aplicable a la resolución de las acciones de alimentos la ley del Estado del demandado, inclusive el DIPr. de dicho país, abriéndose así las puertas al reenvío, lo que ha generado algunas controversias doctrinarias. La amplitud de dicha remisión podría llevar a la aplicación de un Derecho sustantivo diferente al del Estado del deudor de alimentos, pudiendo resultar aplicable el Derecho de un Estado no parte del Convenio.[11]

Por su parte, el artículo 7° establece una serie de pautas para la remisión y diligenciamiento de exhortos, en el caso que las leyes de las partes contratantes los admitan como medios de solicitud de prueba. Es prudente mencionar que, en la actualidad, los medios electrónicos de transmisión facilitan mucho esta tarea.

Mediante el artículo 10, el Convenio pretende agilizar la transferencia de fondos, destinados al pago de alimentos, entre los Estados, cuando la legislación de la parte contratante imponga restricciones a dichos efectos; de esta forma, la norma busca efectivizar el pago de la prestación alimentaria, así como también el hecho de cubrir los gastos generados en alguno de los procedimientos previstos en el Convenio, no obstante, no prevé mecanismos precisos a dichos efectos.[12]

3. Consideraciones finales

Si bien la regulación de los alimentos de forma autónoma por la norma de DIPr. de fuente interna de algunos países (como es el reciente caso de Uruguay y el futuro próximo de Chile) es un claro indicio de reconocimiento de la importancia de la categoría, facilitando notoriamente la tarea del aplicador del Derecho; esto resulta escaso a la hora de proteger cabalmente a la parte más vulnerable de la relación. Dichas disposiciones refieren solo a la ley aplicable sin ser contempladas la jurisdicción internacional ni la ejecución de sentencias extranjeras en la materia.

Asimismo, en relación al DIPr. de fuente internacional, entendemos insuficiente la ratificación de varios países (como Uruguay y Chile) de tan pocas normas reguladoras de la categoría, entre ellas, el Convenio de Nueva York, ya que el mismo, si bien es de gran utilidad en lo que respecta a la cooperación internacional para hacer efectivo el cobro de los alimentos, éste no refiere al Derecho aplicable ni al juez competente, por lo que, para implementarse de forma exitosa necesitaría de la aplicación complementaria de otra norma de DIPr. que contemplara dichos aspectos.

Es importante destacar que, si bien el mecanismo previsto por el Convenio de Nueva York resulta ser de gran utilidad, siendo aplicado por varios países, sería muy provechoso que los Estados apostaran a la ratificación de otras normas, pasando a ser parte por ejemplo, de la Convención sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, de 2007, así como del Protocolo

11 OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc.16/89, cit. por Fresnedo, cit. (n. 1), p. 25.

12 Rizic, Lucía, "Las obligaciones alimenticias internacionales en favor de los niños en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Universidad de la República,* n° 43, 2017, p. 189, disponible en https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/45/3 (consultada: 14 de junio de 2023).

sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, cuyas previsiones representan un significativo avance en materia de alimentos internacionales.

Bibliografía

Fresnedo, Cecilia. "Obligaciones alimentarias en el Derecho Internacional Privado vigente en Uruguay", *Revista uruguaya de Derecho de Familia,* vol. 14, n° 17, 2004.

Fresnedo, Cecilia. *"Derecho Internacional Privado, Tomo II, Parte especial, Derecho Internacional Privado Civil y Comercial"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2022.

Rizic, Lucía, "Las obligaciones alimenticias internacionales en favor de los niños en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Universidad de la República,* n° 43, 2017.

Santos, Rubén, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*., Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, Montevideo, 1999.

Legislación

Ley n° 19.920, de 2020, Ley General de Derecho Internacional Privado (Uruguay).

Decreto n° 216, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, que determina la Autoridad Remitente y la Institución Intermediaria prevista en la Convención de Nueva York, de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero.

Decreto n° 354, de 1982, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, que determina la Autoridad Remitente y la Institución Intermediaria prevista en la Convención de Nueva York, de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero.

MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL SISTEMA CHILENO Y EL SISTEMA ESPAÑOL

PRECAUTIONARY MEASURES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE CHILEAN AND SPANISH SYSTEMS

Vicente Licci Cisternas*

RESUMEN

El presente trabajo analiza la regulación normativa del ordenamiento chileno y español en materia de medidas precautorias en el arbitraje comercial internacional. Se estudia el tratamiento que ambos sistemas adoptan para otorgar estas medidas y el mecanismo a utilizar para cumplirlas en Chile o España, según sea el caso, cuando la medida proviene de un arbitraje internacional con sede en país extranjero.

PALABRAS CLAVES: *Arbitraje comercial internacional, medidas precautorias, exhorto internacional, tribunales ordinarios.*

ABSTRACT

This paper analyzes the Chilean and Spanish regulations on precautionary measures in international commercial arbitration. It studies the treatment that both systems adopt to grant these measures and the mechanism to be used to comply with them in Chile or Spain, as the case may be, when the measure comes from an international arbitration with seat in a foreign country.

KEYWORDS: *International commercial arbitration, precautionary measures, letters rogatory, domestic courts.*

1. Introducción

Chile y España inspiran su legislación de arbitraje comercial internacional en la Ley Modelo de la Comisión de las Nacionales Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial internacional, de 1985.[1] El legislador chileno, mediante la ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, LACI) adoptó casi en su totalidad el texto de la Ley Modelo, estableciendo un sistema dual de arbitraje; mientras que el legislador español, a través de la ley n° 60/2003,

* Egresado de la Universidad de Los Andes. Correo electrónico: vlicci@miuandes.cl

1 El texto vigente de la ley, con las enmiendas adoptadas en el año 2006, se encuentra disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (consultada: 22 de octubre de 2022).

de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante, LA)[2] realizó diversas precisiones al articulado de la norma, fijando un sistema unitario.

El problema de las medidas precautorias en el arbitraje comercial internacional se presenta cuando durante su desarrollo una de las partes solicita una medida precautoria y el bien objeto de dicha medida se encuentra en un país distinto al de la sede del arbitraje. Así, por ejemplo, el problema en estudio tiene lugar si el arbitraje se está llevando a cabo en Chile y la medida precautoria tiene que ejecutarse en otro Estado, o viceversa.

Las legislaciones chilena y española, sobre el particular, tienen en común que ambas exigen una caución para el otorgamiento de estas medidas, pero difieren en que la española indica el tribunal ordinario competente para solicitarlas y se refiere a la posible anulación de la resolución arbitral que las decreta, en cambio, la ley chilena no lo hace.[3] Además, ambos ordenamientos jurídicos tratan de manera diferente el reconocimiento u homologación y la ejecución de medidas cautelares provenientes de un arbitraje comercial internacional. La regulación legal, según se verá, pareciera ser insuficiente para regir las situaciones que pueden ocurrir en la práctica del arbitraje internacional.

2. Los artículos 9° y 17 de la LACI

2.1. Ámbito de aplicación del artículo 9°

La norma establece: "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas".[4]

El ámbito de aplicación de esta disposición no se restringe únicamente a los tribunales chilenos, pues también permite a las partes acudir a tribunales ordinarios extranjeros para solicitar las medidas precautorias que requieran.[5] Es decir, la aplicación del artículo no está restringida a la territorialidad de la sede del arbitraje, ya sea que se lleve a cabo en Chile o en otro Estado. De esta manera, "los tribunales chilenos son competentes para decretar medidas cautelares no obstante la tramitación de un procedimiento arbitral en el extranjero".[6]

2 El articulado de la Ley n° 60/2003 se encuentra disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646 (consultada: 22 de octubre de 2022).

3 Cortez, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 362. Véase los artículos 9 y 17 de la LACI y los artículos 8.3 y 23 de la LA.

4 Esta misma regla es replicada en el artículo 11.3 LA.

5 Picand, Eduardo, *Arbitraje Comercial Internacional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 312; Canelo Carola, *Derecho Procesal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 53; Ossa, Felipe y Zamora, Rosana, *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 59.

6 Puyol, Jaime, *Medidas cautelares: Algunas ideas en torno a su aplicación en el procedimiento seguido ante árbitros*, 2018, p. 3, Informativo CAM N° 20, https://www.camsantiago.cl/biblioteca/arbitraje-nacional/ (consultada: 22 de octubre de 2022).

Sin embargo, los casos en que la jurisprudencia nacional ha tenido que pronunciarse acerca del artículo 9° de la LACI, o dar alguna otra interpretación, han sido escasos. Por ejemplo, la Corte Suprema citó la norma para reiterar la idea de que no es incompatible con el acuerdo de arbitraje que una de las partes solicite ante un tribunal ordinario la ejecución de una medida precautoria.[7] Es decir, el hecho que una parte acuda a los tribunales ordinarios para el otorgamiento de una medida cautelar no implica una renuncia al arbitraje.[8]

2.2. Ámbito de aplicación del artículo 17

Esta disposición reza: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas".[9]

La voz "medidas provisionales cautelares" se ha interpretado "como una atribución amplia de facultades al árbitro, que no se agota en medidas de aseguramiento o mera conservación".[10] Aunque se ha dicho que la norma "no otorga al tribunal arbitral la facultad de ejecutar sus resoluciones ni prevé la ejecución judicial de las órdenes del tribunal arbitral",[11] no permitiendo que el tribunal arbitral pueda ejecutar por sí las medidas cautelares.[12]

Un caso en que el artículo 17 ha tenido aplicación fue en la sentencia arbitral de 12 de octubre de 2010, Rol n° 1.136, del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de Chile. En este caso, las partes pactaron que las diferencias que surgieran de su contrato de distribución serían resueltas única y exclusivamente mediante arbitraje. En él, la parte demandante solicitó una medida precautoria tendiente a que la contraria no iniciara acciones judiciales ante los tribunales ordinarios, petición que fue otorgada por el juez árbitro. Pero la demandada, quien era residente en República Dominicana, ya había iniciado acciones judiciales ante los tribunales ordinarios de dicho país. En consecuencia, el juicio se siguió en rebeldía de la demandada. Y, finalmente, el árbitro confirmó la ejecución de dicha medida precautoria en la parte resolutiva del laudo definitivo de la disputa.

En este caso, el árbitro permitió que el alcance práctico del artículo 17 se extienda a un país extranjero, por lo que no se circunscribe únicamente al ámbito nacional[13]; y

7 Corte Suprema, 28 de febrero de 2022, rol N° 39.756-2021, considerando sexto.

8 Sandoval, Ricardo, *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la Ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 111.

9 Esta norma de la Ley Modelo CNUMDI fue adoptada según la versión original de 1985, por lo que no ha sido reformada de acuerdo con las enmiendas de 2006 a ese instrumento.

10 Jequier, Eduardo, "El sistema chileno de arbitraje en el siglo XXI. Una paradoja entre el derecho medieval y las tendencias actuales del Derecho Comercial Internacional", en: Vásquez, M.F.; Fernández, J.C. (coords.), *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado*, Thomson Reuters, Santiago 2012, p. 519.

11 Figueroa, Juan Eduardo, "Tópicos de la Ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional", en: Picand, E. (ed.), *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Thomson Reuters, 2ª ed., Santiago, 2014, p. 951.

12 Picand, cit. (n.5), p. 323.

13 En contra: Ossa y Zamora, cit. (n. 5), p. 62.

podría admitirse, bajo una interpretación amplia de la norma, que el árbitro ejecute la medida precautoria que decretó siempre que no afecte a terceros (se limite a las partes solamente) y/o no se requieran medidas de apremio[14].

3. El artículo 23 LA y el cumplimiento de las medidas precautorias provenientes de un arbitraje internacional en España

La norma regula la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares de la siguiente manera:

"1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.[15]

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos".

El artículo 23.2 tiene una concordancia con el artículo 8.3 de la LA, que señala: "Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Luego, el artículo 724 de la LEC ratifica esta regla de competencia para solicitar a los tribunales españoles la adopción de medidas cautelares para un juicio arbitral seguido en el extranjero.[16] Por tanto, el legislador español se encargó de regular, por medio de normativa interna, la cooperación existente entre el tribunal arbitral extranjero y el tribunal ordinario doméstico en materia de medidas precautorias, precisión que el legislador chileno no hizo.

Por otro lado, a partir del artículo 23 se derivan dos planteamientos: uno es determinar la naturaleza jurídica o forma de la resolución del árbitro que ordena una medida precautoria internacional; y otro es si el modo de reconocimiento de tales medidas en España se somete al *exequátur*.

El artículo 23.2 de la LA utiliza la voz "cualquiera sea la forma que revistan" para comprender los distintos tipos de resoluciones arbitrales que ordenen una medida precautoria en España. La doctrina española ha dicho que la decisión arbitral sobre

14 Conejero ejemplifica con que las legislaciones de Ecuador y Colombia autorizan al árbitro que ejecute directamente las medidas cautelares que él decrete mediante auxilio de la fuerza pública, sin necesidad de recurrir a los tribunales ordinarios. En todo caso, este autor es partidario de que sean los tribunales ordinarios quienes deban ejecutar las medidas precautorias en el arbitraje comercial internacional. Conejero, Cristián, "La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n° 1, 2005, pp. 125-126.

15 Este artículo 23.1 de la LA está fundado en el artículo 17 de la Ley Modelo, por lo que su tenor es prácticamente el mismo que el del artículo 17 de la LACI.

16 Barona, Silvia, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 195; Merino, José Fernando y Chillón, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 1597-1598.

medidas cautelares puede entenderse como un laudo parcial, o un laudo provisional, o una orden[17], o incluso un auto[18] (al igual que el que dictan los jueces ordinarios).

Luego, para asegurar la eficacia de la tutela cautelar, tienen aplicación las normas sobre ejecución forzosa de los laudos finales.[19] En consecuencia, la mayoría está conteste en que la ejecución en España de la resolución arbitral internacional sobre una medida precautoria se efectúa bajo las normas de la Convención de Nueva York, de 1958[20], lo que se concreta mediante el *exequátur*.[21]

Esta es una diferencia notoria con el ordenamiento chileno, el cual, como veremos, a diferencia del español, no admite la utilización de la Convención de Nueva York, de 1958, para el cumplimiento de medidas precautorias en Chile. Por lo demás, el procedimiento de exequátur en estos ordenamientos tiene un matiz relevante: en Chile se tramita ante la Corte Suprema, mientras que en España no se tramita ante el Tribunal Supremo, sino que ante los juzgados de primera instancia o los juzgados de lo mercantil, según sea el caso.

Entonces, la importancia de establecer la naturaleza o forma de las resoluciones arbitrales que ordenan medidas precautorias internacionales es la certeza jurídica, pues de ello se deriva el mecanismo a utilizar para su reconocimiento y ejecución en el país de cumplimiento de la medida, mecanismo que a su vez varía según el sistema que se trate.

En definitiva, el ordenamiento español, al regular la intervención judicial doméstica en el arbitraje internacional, ha generado que prácticamente no hayan inconvenientes para cumplir en ese país una medida precautoria proveniente de un tribunal arbitral extranjero una vez que sea homologada la resolución que la ordena, y su ejecución coactiva les corresponde a los tribunales ordinarios.[22]

Igualmente, Lapiedra propone una alternativa de unificación, a saber, que las decisiones arbitrales que ordenan una medida precautoria constituyan un título con mérito ejecutivo en todos los sistemas.[23] Esta propuesta podría tener sustento en convenciones internacionales para que los jueces ordinarios del Estado respectivo

17 Venegas, Carmen, "Comentario artículo 23", en: Prats, L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p. 603; Mantilla, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 148.

18 Barona, Silvia, "Comentario artículo 23", en: Barona, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004, p. 878.

19 Venegas, cit. (n. 17), p. 603.

20 Mantilla, cit. (n. 17), p. 148; Merino y Chillón, cit. (n. 16), p. 1596.

21 Cordón, Faustino, *Arbitraje y Jurisdicción: Algunas cuestiones polémicas*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 185 – 186; Merino y Chillón, cit. (n. 16), p. 1596.

22 Senés, Carmen, *La intervención judicial en el arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 95; Fernández, Miguel Ángel, "Comentario artículo 23", en: González, J. (coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, Madrid, 2004, p. 270; Reverón, Benito, "Comentario artículo 23", en: Garberí, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, p. 475.

23 Lapiedra, Rosa, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 303. A modo de referencia, la autora ejemplifica con el sistema alemán, el que, "a pesar de haber adoptado casi literalmente la Ley Modelo UNCITRAL, ha introducido algunas novedades […]. La ley de arbitraje alemana atribuye naturaleza ejecutiva a las órdenes cautelares de los árbitros, ya sea en un arbitraje celebrado en Alemania o en otro país (art. 1041.2.). La medida no procede cuando dicha medida haya sido solicitada previamente ante los jueces. El árbitro puede adoptar cualquier medida que estime conveniente, ya sea que esté o no prevista en el sistema alemán" (pp. 319 y ss.).

apliquen estas decisiones arbitrales.[24] Sin embargo, esta posibilidad no existe en el sistema español ni en el chileno.

4. Modos de cumplimiento en Chile de las medidas precautorias decretadas por tribunales arbitrales extranjeros

4.1. Rechazo del exequátur

La Corte Suprema ha rechazado la solicitud de exequátur para el cumplimiento en Chile de una medida precautoria ordenada por un tribunal arbitral extranjero, puesto que la resolución que otorga la medida no es una sentencia definitiva ni interlocutoria; es una resolución provisional, que no pone término al juicio ni establece derechos definitivos para las partes.[25] Aquí se expresa la relevancia de la naturaleza jurídica de la resolución arbitral que ordena la medida cautelar internacional (que claramente no es un laudo propiamente tal).

Además, como explica Mereminskaya: "Incluso si ello fuera posible sería difícil esperar que pudiera tener un impacto práctico relevante. El procedimiento de exequátur es un procedimiento contradictorio que se caracteriza por una cierta duración, por lo que difícilmente se condice con el propósito inherente de salvaguardar en forma urgente ciertos bienes o derechos de su deterioro".[26]

4.2. La utilización del exhorto internacional

Frente a ello, se necesita utilizar el exhorto internacional para el cumplimiento de las medidas precautorias en Chile, o bien, que la parte interesada solicite directamente ante la justicia ordinaria chilena la ejecución de las mismas.[27]

Pero, ello no resulta ser una práctica que otorgue suficientes garantías a las partes de que la medida que estén solicitando será otorgada y ejecutada íntegramente en un tiempo razonable, pues, como indica Ossa, la "falta de regulación internacional expresa en esta materia, sin embargo, resulta bastante problemática. Cada ordenamiento adopta su propia posición, lo que genera incertidumbre en torno a la posibilidad de contar con auxilio judicial en el arbitraje internacional".[28]

En principio, de acuerdo con la legislación vigente en Chile, hay consenso de que se debe utilizar la vía del exhorto internacional para cumplir en nuestro país una medida precautoria decretada por un tribunal arbitral con sede en país extranjero. Lo mismo creemos que podría aplicarse, a pesar de que no hay norma expresa, en caso de un arbitraje internacional con sede en Chile, en que el árbitro requiriese

24 Fernández, José Carlos, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, p. 1017.

25 Corte Suprema de Chile, 11 de mayo de 2010, rol N° 5.468-09.

26 Mereminskaya, Elina, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 150.

27 Pensamos que no existe suficiente claridad en nuestra legislación acerca de si el tribunal arbitral chileno tiene facultades para exhortar a un tribunal ordinario extranjero para el cumplimiento de una medida precautoria, o que un tribunal arbitral extranjero pueda exhortar a un tribunal ordinario chileno para efectuar la misma diligencia.

28 Ossa, Felipe, "La jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional", en: Picand, E. (ed.), *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 865.

exhortar a un tribunal ordinario extranjero para el otorgamiento de una medida precautoria. Esto, por lo menos, ya ha ocurrido en el arbitraje doméstico, en que un árbitro ha exhortado a un juzgado de letras en lo civil para la práctica de medidas cautelares.[29]

En esta línea, Picand argumenta en favor del uso del exhorto internacional en la materia de la siguiente manera: "Tratándose de exhortos internacionales en donde el tribunal arbitral requiere medidas cautelares a un tribunal ordinario extranjero que deben ejecutarse en su territorio, nos parece que debe postularse su absoluta procedencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° N°s. 2° y 9° de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, y artículo 17 de la misma ley, que permite expresamente a los árbitros decretar medidas cautelares en un arbitraje de esa naturaleza. El carácter provisorio y anticipado de tutela de derechos que envuelven las medidas cautelares, se encuentra íntimamente ligado con la efectividad de las sentencias, de manera que la tardanza en el pronunciamiento de la decisión jurisdiccional justifica el empleo de medidas provisorias que aseguren su resultado".[30]

Sin embargo, para la aplicación del exhorto internacional, se debe determinar si el cumplimiento de las medidas precautorias internacionales en Chile implica el ejercicio de fuerza coactiva o es parte de la facultad de imperio, la que los árbitros no poseen. El objeto es que las partes tengan certeza acerca de que su solicitud será o no rechazada, pues la jurisprudencia no ha sido uniforme en la materia.[31]

Esta duda surge, además, por el texto del artículo 3° de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, que dispone: "La presente Convención no se aplicará a ningún exhorto o carta rogatoria referente a actos procesales distintos de los mencionados en el artículo anterior [actos de mero trámite y recepción de prueba]; en especial, no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva".[32] La solución radicaría en la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, que permite esta ejecución, pero es necesario advertir que este instrumento no fue ratificado por Chile, y, por lo tanto, no existe hoy un tratado internacional que resuelva este asunto.

4.3. Discusión sobre si un tribunal extranjero puede decretar medidas precautorias sobre bienes situados en Chile

Finalmente, a pesar de que existan mecanismos para cumplir resoluciones extranjeras en Chile, es discutible que un tribunal extranjero, sea arbitral u ordinario, pueda decretar medidas precautorias sobre bienes situados en Chile.

Tradicionalmente, bajo el sustento del artículo 16 inciso primero del Código Civil, se ha señalado que la concesión de medidas precautorias corresponde exclusivamente

29 Sentencia arbitral rol n° 941 del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, de 25 de marzo de 2010.

30 Picand, Eduardo, "Los exhortos internacionales en el juicio arbitral", en Picand, E. (ed.), *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 951.

31 Picand, cit. (n. 30), p. 959.

32 La Convención se encuentra disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html (consultada: 22 de octubre de 2022).

a los tribunales nacionales fundándose en que ello implica el ejercicio de un poder de imperio que pertenece en forma exclusiva al Estado donde el bien está situado.[33]

En contraposición, Aylwin señala: "Creemos que esta tesis no es la correcta, por cuanto parece confundir la ley aplicable a los bienes con la ley aplicable a las obligaciones. No permitir el cumplimiento de este tipo de medidas sobre bienes que se encuentran situados en territorio nacional sería desconocer en principio el derecho de prenda general de los acreedores consagrado en el artículo 2465 del Código Civil. Sería bastante injusto no reconocer el derecho que tiene un acreedor para hacer valer en Chile sus créditos y asegurar el ejercicio de su acción, cuando el deudor moroso que tiene bienes en Chile no quiere cumplir sus obligaciones pactadas en el extranjero".[34]

5. Conclusiones

En Chile aún no hay suficientes fundamentos legales ni jurisprudenciales para afirmar, con propiedad, que las medidas precautorias provenientes de un arbitraje comercial internacional pueden hacerse implementarse sin necesidad de concurrir ante los tribunales del lugar del cumplimiento de la medida.

Una alternativa podría ser unificar a nivel internacional la potestad cautelar de los árbitros, lo que podría obtenerse mediante convenciones internacionales en las que los distintos Estados se comprometan a ejecutar los laudos cautelares sin necesidad de homologación o reconocimiento. Alternativa que no existe actualmente en el ordenamiento jurídico chileno ni en el español.

Por último, las normas analizadas de la LACI tienen aplicación extraterritorial. Sin embargo, el legislador debería reglamentar de forma explícita la labor de cooperación que tienen los tribunales nacionales para la ejecución de medidas cautelares provenientes de un arbitraje internacional con sede en el extranjero. De ello sí se hace cargo el legislador español y el nuestro podría tomarlo como modelo.

Bibliografía

Aylwin, Patricio, *El juicio arbitral*, Thomson Reuters, 6ª ed., Santiago, 2014.

Barona, Silvia, "Comentario artículo 23", en: Barona, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004.

Barona, Silvia, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

Canelo, Carola, *Derecho Procesal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

Cordón, Faustino, *Arbitraje y Jurisdicción: Algunas cuestiones polémicas*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

33 Villaroel, Carlos; Villaroel, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, pp. 285-287.

34 Aylwin, Patricio, *El juicio arbitral*, 6ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 425. En el mismo sentido: Monsálvez, Aldo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de sentencias extranjeras*, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 71.

Conejero, Cristián, "La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n° 1, 2005.

Cortez, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.

Fernández, Miguel Ángel, "Comentario artículo 23", en: González, J. (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje de 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, Navarra, 2004.

Fernández, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, 2008, Madrid.

Figueroa, Juan Eduardo, "Tópicos de la Ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional", en: Picand, E. (ed.), *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Jequier, Eduardo, "El sistema chileno de arbitraje en el siglo XXI. Una paradoja entre el derecho medieval y las tendencias actuales del Derecho Comercial Internacional", en: Vásquez, M.F. y Fernández, J.C. (coords.), *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado*, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

Lapiedra, Rosa, *Medidas Cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

Mantilla, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005.

Merino, José Fernando y Chillón, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2014.

Mereminskaya, Elina, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Monsálvez, Aldo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de sentencias extranjeras*, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2008.

Ossa, Felipe, "La jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional", en: Picand, E. (ed.), *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Ossa, Felipe y Zamora, Rosana, *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Picand, Eduardo, *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Picand, Eduardo, "Los exhortos internacionales en el juicio arbitral", en: Picand, E. (ed.), *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Puyol, Jaime, *Medidas cautelares: Algunas ideas en torno a su aplicación en el procedimiento seguido ante árbitros*, 2018, Informativo CAM N° 20.

Reverón, Benito, "Comentario artículo 23", en: Garberí, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.

Sandoval, Ricardo, *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la Ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Senés, Carmen, *La intervención Judicial en el Arbitraje*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

Venegas, Carmen, "Comentario artículo 23" en: Prats, L. (coord..), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.

Villaroel, Carlos y Villaroel, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

Legislación

Ley n° 19.971, de 2004, sobre arbitraje comercial internacional, 2004 (Chile).

Ley n° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España).

Ley n°1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil (España)

Código Civil (Chile)

Jurisprudencia

Corte Suprema, 28 de febrero de 2022, rol n° 39.756-2021.

Corte Suprema, 11 de mayo de 2010, rol n° 5.468-09.

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, 25 de marzo de 2010, rol n° 941.

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, 12 de octubre de 2010, rol n° 1.136.

REFLEXIONES ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS ACUERDOS DE TRANSACCIÓN INTERNACIONALES RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN

REFLECTIONS ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON INTERNATIONAL SETTLEMENT AGREEMENTS RESULTING FROM MEDIATION

Manuel Ferreira Catoira*

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es reflexionar acerca de las soluciones adoptadas por la "Convención de Singapur" sobre la mediación comercial internacional, haciendo breves comentarios a sus artículos y señalando cómo funcionan ciertos aspectos prácticos de la esa convención.

PALABRAS CLAVE: *Mediación Internacional, Naciones Unidas, Eficacia extraterritorial.*

ABSTRACT

The purpose of the paper is to reflect on the solutions adopted by the "Singapore Convention" on International Commercial Mediation, making brief comments on its articles and pointing out certain practical aspects of the Convention.

KEYWORDS: *International Mediation, United Nations, Extraterritorial validity.*

1. Introducción

Desde hace muchos años se han consagrado por medio de instrumentos internacionales y leyes domésticas de Derecho Internacional Privado normas tendientes a obtener el cumplimiento de sentencias y laudos arbitrales dictados en el extranjero. En el caso de Uruguay, se encuentra actualmente en vigor la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York, de 1958; la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional; el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR; la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras, y el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial,

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Aspirante a Profesor adscripto de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Asesor Legal de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay. Correo electrónico: manuelferreiracatoira@gmail.com

laboral y administrativa del MERCOSUR[1] -que cuenta con un capítulo referente al tema- existiendo, además, normas de fuente nacional como la Ley de arbitraje comercial internacional n° 19.636, de 2018, y artículos específicos en el Código General del Proceso, que regulan la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras.

Todas estas normas contribuyen a la circulación internacional de fallos y laudos arbitrales extranjeros, no obstante, hasta recientemente no existía un marco normativo adecuado que previera la ejecución de acuerdos arribados por mediación.[2] Fue por tal motivo, que en el ámbito de las Naciones Unidas se promovió la adopción de una norma internacional que contenga disposiciones destinadas a consagrar un mecanismo que permita que los acuerdos arribados mediante mediación puedan tener eficacia en el extranjero.

El texto final de la Convención de Singapur, objeto de este estudio, fue aprobado el 20 de diciembre de 2018, y abierto a la firma el 7 de agosto de 2019. Su título oficial es "Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación", sin perjuicio de que tradicionalmente se la cite como "Convención de Singapur sobre la mediación". Uruguay no sólo procedió a su firma, sino que el Parlamento nacional la ratificó el 23 de noviembre del 2022, habiendo realizado el depósito ante las Naciones Unidas el 28 de marzo del 2023, por lo cual, entrará en vigor el 28 de septiembre del 2023, conforme lo establece el artículo 14.2. La misma ya ha sido ratificada por varios países de distintos continentes, lo cual demuestra su vocación de universalidad.[3]

2. Ámbito de aplicación

El artículo 1° establece su ámbito de aplicación, así como las materias excluidas de la misma. Se prevé expresamente que aplicará a los acuerdos resultantes de la mediación celebrados por escrito -quedan excluidos acuerdos orales- entre las partes, con el fin de resolver un conflicto comercial, de lo cual se deduce que no aplica a otras materias. El acuerdo debe ser considerado internacional al momento de celebrarse, brindando ese propio instrumento la definición de internacionalidad.[4]

Respecto a las exclusiones, se deja fuera de su ámbito de aplicación los acuerdos de transacción en los que una de las partes sea un consumidor, así como aquellos relacionados con temas de Derecho de familia, sucesorios o de Derecho laboral.[5]

1 Existen otras normas de fuente internacional que regulan el proceso de ejecución de sentencias y laudos arbitrales como la Convención interamericana sobre obtención de alimentos en el extranjero, el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de La Haya, de 1996, así como Convenios bilaterales que vinculan a Uruguay con Francia, España y Brasil.

2 En el folleto informativo de la Convención de Singapur se sostiene que "Hasta la aprobación de la Convención de Singapur, a menudo se citaba como obstáculo para recurrir a la mediación la falta de un marco eficiente y armonizado para la ejecución transfronteriza de los acuerdos de transacción resultantes de la mediación". Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/singapore_convention_accession_kit_-_spanish.pdf. p. 1.

3 Ver situación actual en el sitio web oficial de Naciones Unidas: https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status

4 Ver artículo 1° literales a) y b).

5 En el ámbito de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York, de 1958, se ha discutido sobre su aplicación a materias no comerciales, adoptando los países distintas posturas sobre

También se excluyen los acuerdos que hayan sido aprobados por órganos judiciales o concretados en el marco de un proceso judicial, así como aquellos que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial; o los que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y, en consecuencia, sean ejecutables como tales. El objetivo de estas últimas previsiones es que no se superpongan los mecanismos de reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros, con los de acuerdos arribados por mediación.

3. Definiciones

El artículo 2.1 brinda definiciones de algunos conceptos utilizados en el texto. En primer lugar, se establece que cuando una parte tenga más de un establecimiento comercial, se entenderá como tal aquel que guarde la relación más estrecha con el acuerdo, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas o previstas por las partes al momento de celebrar el mismo. Cuando la parte no tenga establecimiento, se reputará como tal el lugar de su residencia habitual, utilizando dicha conexión residual para aquellas personas que ejercen el comercio, pero no cuentan con establecimiento comercial.

Por su parte, el artículo 2.2 dispone que se interpretará como "escrito", todo acuerdo del cual haya quedado constancia de su contenido, abarcando además los supuestos donde exista una comunicación electrónica, siempre que sea posible posteriormente acceder a la consulta de dicha información.

Finalmente, cualquiera sea la expresión utilizada, se considerará "mediación", todo procedimiento en el cual las partes intentan llegar a un acuerdo amistoso del conflicto, con la asistencia de uno o más terceros que carezcan de autoridad para imponerles la solución, conforme lo establece el artículo 2.3.

4. Principios Generales

El artículo 3.1 establece que cada Estado ordenará la ejecución de los acuerdos conforme a su normativa procesal, en las condiciones previstas en la Convención. Esto significa que el proceso tendiente a obtener la ejecución del acuerdo se regula por la ley del Estado donde se pretende llevar a cabo.[6] En el caso de Uruguay no existe una norma específica para la ejecución de acuerdos de mediación celebrados en el extranjero, motivo por el cual, resultará necesario previamente a tramitar la ejecución, realizar un proceso ejecutivo -proceso de conocimiento- aplicando el artículo 353 del Código General del Proceso uruguayo, para, luego, poder proceder a la ejecución propiamente dicha, lo cual, sucede en varios países y, de cierta manera, desvirtúa el objetivo principal del instrumento en análisis, que es garantizar que "un

el tema, lo cual se puede consultar en la Guía relativa a ese instrumento. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/2016_guide_on_the_convention.pdf .

6 La mayoría de las normas internacionales sobre ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros no regulan expresamente el proceso, sino que el mismo se suele regular por la ley procesal de cada Estado (por ejemplo: el artículo 3° de la Convención de Nueva York de 1958 o el artículo 6° de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros).

acuerdo alcanzado por las partes adquiera carácter vinculante y pueda ejecutarse siguiendo un procedimiento simplificado y sencillo".[7]

El artículo 3.2 prevé la posibilidad de que si se iniciare una controversia acerca de un tema sobre el cual una de las partes invoca que ya se ha resuelto mediante mediación, se podrá hacer valer dicho acuerdo conforme a las normas procesales del Estado donde se lleva a cabo el proceso y con arreglo a las normas de la propia Convención, a efectos de demostrar que el conflicto entre las partes ya fue resuelto. Esto se vincula con el instituto procesal de la cosa juzgada, es decir, si ya existe un acuerdo de mediación que resuelve el fondo del conflicto, la parte podrá invocarlo para evitar que se lleve a cabo un procedimiento -sea ante la justicia arbitral u ordinaria- con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes, evitando que exista más de una resolución sobre el mismo asunto litigioso.

5. Requisitos para hacer valer un acuerdo

El artículo 4.1 indica cuál es la documentación que debe acompañar la solicitud de medidas. En primer lugar, se requiere que se presente el acuerdo firmado por las partes y pruebas de que se llegó a un acuerdo transaccional por mediación, brindando ejemplos no taxativos de cuáles pueden ser dichos medios probatorios -como ser la firma del mediador o un certificado de la institución que administró la mediación, entre otros- sin perjuicio de que el artículo 4.1.b) iv. culmina indicando que se considerará válida cualquier otra prueba admitida por la autoridad competente.

Luego, el artículo 4.2 dispone en qué casos el requisito de la firma se tendrá por válido cuando la comunicación se realizó de forma electrónica. El artículo 4.3 establece que si el acuerdo está redactado en un idioma distinto al del Estado donde se pretende hacer valer, la autoridad interviniente "podrá" -no es preceptivo- requerir la traducción del acuerdo a su idioma. El artículo 4.4 otorga la posibilidad de que la autoridad competente solicite toda la documentación que resulte pertinente para demostrar que se ha cumplido con la Convención. Finalmente, el artículo 4.5 consagra como principio la celeridad procesal a los efectos de examinar la solicitud.

6. Motivos para denegar el otorgamiento de medidas

El artículo 5° prevé expresamente las causales de denegación del otorgamiento de las medidas, lo cual es habitual encontrar en normas sobre arbitraje comercial internacional[8] o sobre ejecución de sentencias extranjeras. Dentro de los motivos encontramos en el artículo 5.1, la incapacidad de una de las partes, defectos relativos al acuerdo (nulidad, ineficacia, entre otras), cuando las obligaciones que surjan del acuerdo no sean claras o ya se hayan cumplido, que el otorgamiento de las medidas sea contrario a los términos del propio acuerdo y el incumplimiento grave del mediador [literales e) y f)], mientras que en el artículo 5.2 se reconoce como causal

7 Folleto informativo de la Convención de Singapur sobre la mediación. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/singapore_convention_accession_kit_-_spanish.pdf. p. 1.

8 Ver, por ejemplo, el artículo 5° de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York, de 1958, o el artículo 41 de la ley n° 19.636, sobre arbitraje comercial internacional de Uruguay.

de denegación el hecho de que el acuerdo sea contrario al orden público internacional de ese Estado o bien, que el objeto de la controversia no sea pasible de ser resuelta por vía de la mediación, conforme a la ley del Estado requerido.[9]

7. Solicitudes paralelas

El artículo 6° prevé que, si se presenta ante un órgano judicial, un tribunal arbitral o cualquier otra autoridad competente una solicitud que pueda afectar las medidas que tengan como propósito la ejecución de un acuerdo de mediación, la autoridad interviniente "podrá" -es facultativo- aplazar la decisión y también podrá a instancia de parte, ordenar a la otra que otorgue las garantías apropiadas. Esta disposición busca evitar que se den procesos paralelos y que exista litispendencia internacional respecto a las solicitudes de ejecución de un acuerdo de transacción. Esto es de suma importancia, debido a que la existencia de un litigio pendiente sobre el mismo tema puede dar lugar a soluciones contradictorias, lo cual afecta la correcta administración de justicia internacional.

Corresponde destacar el hecho de que no existe obligación por parte del órgano judicial, tribunal arbitral o autoridad competente de suspender el procedimiento, pero de todos modos, creemos que es conveniente proceder a la suspensión si se verifica que la solicitud de ejecución del acuerdo de mediación fue realizada y su resolución se encuentra pendiente, ya que en caso de que se otorgue la medida se deberá culminar con el proceso para evitar soluciones contradictorias, mientras que si se deniega la medida, la autoridad competente puede continuar con las actuaciones correspondientes. La otra opción que otorga la Convención es que se siga adelante con las actuaciones, pero en dicha hipótesis, la autoridad competente puede ordenar a la parte que insta el procedimiento que preste una garantía apropiada para asegurar los eventuales daños que pueda causar.

8. Otras disposiciones

La Convención contiene otras disposiciones cuyo análisis pormenorizado excedería el objeto del presente trabajo, no obstante, se realizará una breve referencia a las mismas. Se prevé que las partes podrán acogerse a un acuerdo de transacción conforme a su propia ley u otra convención de la que sea Parte el Estado donde se pretende hacer valer. Otro artículo contiene previsiones sobre las reservas que pueden hacer los Estados Parte, prohibiendo que se realicen otras reservas distintas a las expresamente previstas en la propia norma, y luego se mencionan los efectos que tendrán tales reservas. Posteriormente, se encuentran las cláusulas finales, que establecen los mecanismos para la firma, ratificación, aceptación y adhesión, entrada en vigor y los mecanismos de denuncia, entre otros temas.

9 El tema de que el objeto de la controversia no pueda ser resuelto mediante formas alternativas de resolución de conflictos también se discute en el arbitraje comercial internacional. Ver al respecto la Guía relativa a la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/2016_guide_on_the_convention.pdf

9. Conclusiones

La aprobación de la Convención de Singapur otorga a los Estados la posibilidad de contar con un marco normativo moderno tendiente a lograr que los acuerdos de mediación puedan tener eficacia fuera de las fronteras, incentivando así a que los sujetos del comercio que tengan una controversia puedan optar por la mediación como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos que opera de manera más ágil que otros procedimientos. Un aspecto para destacar es que la regulación tiene en cuenta las comunicaciones realizadas por plataformas digitales. Sin embargo, la principal desventaja es que en muchos Estados no existe actualmente un procedimiento ágil que permita directamente la ejecución de dichos acuerdos, por lo cual, se debe llevar a cabo previamente a la ejecución un proceso de conocimiento, tal como sucede en Uruguay, de acuerdo con su ley procesal. Esto, sin perjuicio de que los Estados pueden modificar su legislación interna para agilizar los procedimientos y favorecer la circulación internacional de acuerdos de mediación, haciendo más efectiva la aplicación de la Convención.

Bibliografía

Legislación

Ley n° 19.636, de 2018, de arbitraje comercial internacional (Uruguay)

Código General del Proceso (Uruguay)

APLICACIÓN DEL CASO GLEITMAN V. COSGROVE, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ACCIÓN WRONGFUL BIRTH Y LA ACCIÓN WRONGFUL LIFE Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

THE APLICATION OF GLEITMAN V. COSGROVE CASE, MEDICAL LIABILITY IN THE WRONGFUL BIRTH ACTION AND WRONGFUL LIFE ACTION AND ITS APLICATION IN COLOMBIA

Leidy Janeth Bonilla Lesmes*

RESUMEN

El Derecho junto a la medicina han creado el concepto de responsabilidad médica del cual se deriva el deber de información del médico con el paciente y viceversa, en el que se exige el cumplimiento de los siguientes postulados: prontitud, eficacia, precisión, idoneidad, entre otros, pero ¿qué sucede cuando se incumple alguno de estos requisitos?, y si ante la acción u omisión del galeno tratante se generan unas consecuencias en su vida, ¿cuál es el instrumento jurídico que le permitiese accionar a la(s) víctima(s) directa(s) e indirecta(s) contra el profesional de la salud para pretender una reparación ante el daño ocasionado bajo el concepto de la vida como daño indemnizable?, para ello se analiza el caso Jeffrey Robert Gleitmanm, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan y su aplicación ante un eventual caso en Colombia.

PALABRAS CLAVE: *Acción wrongful life; Acción wrongful birth; la vida como daño indemnizable; Responsabilidad médica; Derecho internacional privado.*

ABSTRACT

The Law together with medicine have created the concept of medical responsibility from which the duty of information of the doctor with the patient and vice versa is derived, in which compliance with the following postulates is required: promptness, effectiveness, precision, suitability, among others, but what happens when any of these requirements are breached?, and if the action or omission of the treating doctor generates consequences in his life, What is the legal instrument that would allow you to act the direct and indirect victim (s) against the health professional to claim reparation for the damage caused under the concept of life as compensable damage?, for this we analyse the Jeffrey Robert Gleitman, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan Case and its application to a possible case in Colombia.

KEYWORDS: *Wrongful life Action; Wrongful birth Action; life as compensable damage; medical liability; international private law.*

* Técnica en contabilización de operaciones comerciales y financieras del Servicio Nacional de Aprendizaje (S.E.N.A.), egresada en proceso de grado en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. leidy.bonilla.lesmes@gmail.com

1. Introducción.

El presente escrito surgió en razón de que, por el devenir del desarrollo científico aplicado a la medicina genética, para detectar problemas de salud de manera temprana y durante la vida de una persona, se pueden suscitar problemas de responsabilidad en la *praxis* médica, con relación a una acertada comunicación con el paciente y las patologías que éste padece.

2. El deber de información.

La responsabilidad médica se vincula jurídicamente, entre otros aspectos, al deber de información, el cual exige que sea completo, verificable, transparente, pronto, célere y de calidad por parte del galeno tratante hacia el paciente, pues éste es quien le consulta ante una dolencia o patología diagnosticada previamente o de manera previa a éstos. Por lo cual, será el profesional de la salud quien, de acuerdo con su pericia, conocimiento teórico práctico, junto a los diversos exámenes que apoyen a un diagnóstico, quien debe presentarle todas las opciones de tratamiento que le puedan médicamente aliviar, tratar o evitar el dolor, así como los riesgos que de éstos se deriven.

Se encuentran casos en los que no sólo es necesario brindar información al paciente, sino a otras personas que puedan ser afectados directa o indirectamente por el diagnóstico del paciente quien realizó la consulta inicialmente, pues a esas víctimas indirectas pueden, eventualmente, padecer de consecuencias o secuelas de manera permanente en su vida.

Además, el momento para cumplir ese deber de información según, Galán[1], es antes del tratamiento o intervención médica, siempre que sea proporcionada con una prelación suficiente y en condiciones que permitan una adecuada reflexión del paciente.

En últimas, este deber no puede determinarse como una dicotomía entre proporcionar o no la información, pues con ello se coartaría el principio de autonomía del paciente para ejercer el derecho que tiene de decidir sobre una intervención o inicio de un tratamiento, exceptuando los casos en los que su vida esté en riesgo inminente o cuando, por demás condiciones médicas, no le sea posible autodeterminarse para ello.

3. Las acciones *wrongful life* y *wrongful birth*.

Una aproximación al concepto de *wrongful life*, de acuerdo con vivas[2], supone una acción jurídica en la que el titular es el *hijo* (si es menor de edad, a través de sus padres en su representación) nacido con deficiencias diagnosticables durante el embarazo, justificando que de no haber sido por el consejo médico inadecuado, *no*

1 Galán, Julio Cesar, *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 533.

2 Vivas, Inmaculada, "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*: Análisis jurisprudencial", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n° 11, 2003, pp. 404-415.

habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad, es decir, el error médico que se invoca es el de que "ha conducido a la vida" del propio hijo enfermo que demanda, y la pretensión de condena será contra el profesional de la salud, a fin de obtener una indemnización, por un lado, ante los daños "de su nacimiento" *alegando el derecho "a no nacer o a nacer con una mente y cuerpos sanos"*. Por otro lado, se busca reparar el perjuicio de tipo económico que conlleva su vida con esa patología o enfermedad, esto es, la asistencia médica y de terceros, los cuidados, la habilitación específica para su aprendizaje, etc.

Así las cosas, en la acción jurídica de *wrongful birth,* según VIVAS[3], los titulares son los *padres del menor* que nació con una discapacidad (física o psíquica) diagnosticable durante el embarazo con base en la falta de diagnóstico o información sobre la posibilidad de que la madre conciba a una "criatura con enfermedades congénitas, privándoseles de la oportunidad de decidir de manera informada sobre "dar o no lugar al nacimiento".

A su vez, MONCADA, AEDO Y COLEMAN[4], señalan que lo reclamado es el hecho de permitir el nacimiento de un menor con taras físicas o psíquicas, además de solicitar una indemnización, ya no solo de tipo patrimonial, como se señaló anteriormente, sino que una indemnización de tipo moral, que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de Colombia[5], está circunscrita a la lesión de la esfera afectiva y sentimental del sujeto, explicitado por el dolor, la perturbación de ánimo "que se concretan en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso".

4. Caso *Jeffrey Robert Gleitmanm, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan,* de 6 de marzo de 1967 ante la Suprema Corte de Nueva Jersey.

Los hechos de este caso[6] comienzan cuando el 20 de abril de 1959 la señora Sandra Gleitman acude a consulta ante el médico ginecobstetra Robert Cosgrove, Jr., el cual, luego de su examen, determina que se encuentra en estado de embarazo, aproximadamente de dos meses, ante ello, afirma la señora Sandra Gleitman, que le informó al médico aludido su diagnóstico de "*German Measles*"[7] ante lo cual ella sostiene que el galeno mencionado le dijo que ello no tendría ningún efecto en su hijo. Transcurrió el tiempo y seguía acudiendo a sus controles prenatales, en uno de ellos, con el médico ginecólogo Jerome Dolan, a quien le manifestó la patología padecida, pero su respuesta fue siempre "tranquilizadora", por esto, dio continuidad a su embarazo, hasta que el 25 de noviembre de 1959 nace el menor Jeffrey Robert Gleitmanm con defectos sustanciales en su vista, habla y oído, debiendo asistir a un

3 VIVAS, cit. (n. 2), pp. 404-405.

4 MONCADA, Alexis, AEDO, Cristián y COLEMAN, Luis, "Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno", *Revista Ius et Praxis*, vol. 21, n° 1, 2015, pp. 19-56.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Colombia), 5 de agosto de 2014, SC10297.

6 *Supreme Court of New Jersey,* (Estados Unidos de América), 6 de marzo, 1967.

7 Traducción propia: Rubeola.

instituto para niños ciegos y sordos, y además se le practicaron diversas operaciones quirúrgicas para mejorar cierta parte de su capacidad visual.

De lo expuesto, se puede decir que, el médico tratante no le informó de forma pronta, célere, completa y de manera verificable a la paciente las consecuencias para el *nasciturus* en su vida, ni las secuelas que le traería irreversiblemente.

En el expediente del caso en análisis, se aprecia que el médico Robert Cosgrove, Jr. arguye que le dijo a su paciente que había un 20 por ciento de posibilidades de que su bebé tuviera algún defecto, además, le indicó que algunos médicos recomendarían y realizarían un aborto por esta razón y, que el médico ginecólogo Jerome Dolan le indicó que el embarazo estaba demasiado avanzado para un aborto médicamente seguro, y que nunca le había preguntado sobre los efectos del sarampión, y que nunca había mencionado estos efectos para ella.

En la primera instancia, el jurado resaltó que la demandante no demostró que los actos de la parte demandada fueran la causa inmediata de la condición de salud del menor Jeffrey Robert Gleitmanm, además la interrupción voluntaria del embarazo se tipifica como un delito en el Estado de Nueva Jersey.

En segunda instancia se presentó la suposición de que lo precitado por la parte actora es cierto, pero no es dable sostener que nada de lo que pudieran haber hecho los demandados hubiera disminuido la probabilidad de que el bebé naciera con defectos; y, de lo expuesto no da lugar a daños ni a perjuicios que le deban ser reconocidos a título de indemnización en derecho, e incluso si así fueran, una reclamación así sería excluida por la política pública compensatoria que respalda la preciosidad de la vida humana. Agregó el jurado que ni ella ni ningún médico testificó sobre la existencia de alguna condición de salud adversa que justificaría la terapia de un aborto, sin olvidar que es indiscutible en medicina que, actualmente, no hay forma de saber antes del parto si un niño de este tipo tendrá defectos o la extensión de cualquier defecto, pues, parece que el reclamo de los padres por la cura y el cuidado del bebé debe presuponer, en última instancia, que hubiera sido del propio interés del niño no haber nacido y, sería anómalo decir que un médico, si bien no es responsable de un infante que incurrió en esa pérdida en dólares, debe pagarla cuando otra persona, ya sea el padre, la madre, otro pariente o el mismo Estado, incurre en el gasto y, sería difícil evaluar el monto del daño, pero la ley debería tratar de compensarlo, para lo cual, no es dable decir que la valoración no se podía hacer contrastando el niño defectuoso con uno normal, porque esa no era la opción. No podemos continuar con la hipótesis de que la madre habría tenido el aborto y luego habría concebido y dado a luz a un niño sano. Estamos tratando con seres humanos y no con fungibles, y los daños son los sufridos con respecto a este niño.

5. Opinión final sobre el Caso *Jeffrey Robert Gleitmanm, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan* del 6 de marzo de 1967 ante la Suprema Corte de Nueva Jersey.

Se considera que ante la resolución del caso no se tuvo en cuenta el aporte jurídico que resultaría de implementar a manera de precedente judicial las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, debido al concepto de la "vida como daño", en la primera acción debido a que: al emitir un concepto de "viabilidad" a un embarazo en el que médicamente sea previsible unas condiciones o secuelas al *nasciturus* con las que "deberá vivir" de una determinada manera o con unos cuidados especiales, debería ser castigable al médico tratante por omitir esa obligación con el deber de información; pero, no se trata de "decidir si vivirá o no de una forma en particular", sino de que, cuando la ciencia permita determinar prematuramente las condiciones con las que vivirá esa persona, sea decisión de la madre para ejercer la libertad que le asiste de dar continuidad al embarazo o de interrumpirlo, pero que cuente con la información completa para su decisión. Resaltando que el derecho a la salud integral se incorpora la consultoría profesional que ofrecen los médicos tratantes y demás trabajadores de la salud, a quienes les solicitan consejo sobre el desarrollo del *nasciturus*, los cuales tienen el deber de informar al paciente de manera anticipada, durante o posterior (en la medida de lo posible) de las dolencias o patologías detectables y ofrecer un tratamiento (de ser dable); ocurre un especial caso cuando se trata del *nasciturus*, ya que en la responsabilidad médica tiene una dualidad al contemplar la vida, cuerpo y salud de éste y de la mujer gestante, puesto que la salud de *nasciturus* para presentar las opciones de tratamiento, ante el riesgo a éste o el que pueda repercutir en el desarrollo de su vida.

Luego, en la acción *wrongful life*, el fallo judicial debería haberse pronunciado, porque se trata de las condiciones diarias de salud, del "vivir" de una persona, que pudo conocerse con anterioridad, pero que ya en este momento (al nacer) debe rebasar los retos, terapias, tratamientos, requeridos para "sobrellevar" su patología, es decir, el "enfrentarse a vivir" con unas condiciones específicas.

Finalmente, tendría que indicar con claridad que ante ese daño se genera una responsabilidad de tipo médico, de la cual no se puede aplicar que "las cosas vuelvan a su estado inicial", pues la vida de la persona y los perjuicios ocasionados en este caso en particular no lo permiten, por lo que se deben tasar éstos de manera pecuniaria, lo que en el Código Civil de Colombia[8] se denomina perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante, además de los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales: daño moral, salud e incluir, por las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*.

8 Ley n° 2.867, *Código Civil colombiano*, (1873).

6. Aplicación del caso *Jeffrey Robert Gleitmanm, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan* en Colombia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico actual.

El caso Jeffrey Robert Gleitmanm, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan no es lejano a la realidad colombiana, pues, en ese país, a 2010, se registraban 1.853 menores, de 0 a 12 años, con discapacidad visual y 944 menores, en el mismo rango etario, con discapacidad auditiva según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística[9], sin embargo, no se cuenta con información acerca de si las patologías de los aquellos están o no relacionadas a un diagnóstico que el médico tratante hubiese detectado de manera temprana.

Aunado a lo anterior, dado que las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* no se encuentran de manera taxativa en el ordenamiento positivo, de presentarse un caso similar en Colombia, es dable hacer el siguiente análisis:

En primer lugar, la responsabilidad médica se clasificaría en el tipo de responsabilidad jurídica (determinada por el ordenamiento jurídico), luego, se encuentra en el régimen de subjetivo al encontrarse los hechos generadores de culpa del agente causante del daño, consagrados en el Código Civil colombiano como lo son:

a) Negligencia, según el artículo 63 del Código precitado, como la falta de aquel cuidado y diligencia que se emplea ordinariamente en los "negocios propios", es decir, por el descuido grave e injustificado del médico, por una parte, de su actuar (indicarle a la paciente que su hijo no tendría consecuencia alguna en su cuerpo o salud ante la enfermedad padecida por la madre) y, por otra parte, la omisión al no ser tan diligente de ordenar exámenes de laboratorio y/o solicitar interconsulta con el galeno competente.

b) Imprudencia, es decir, obrar sin cautela, sin medir las consecuencias, esto se aplica por el hecho de que el médico ginecobstetra *Robert Cosgrove, Jr.* no concibió la debida importancia de mencionar las eventuales secuelas y consecuencias que *Jeffrey Robert Gleitmanm* tendría en su salud y/o cuerpo y con ello, vedó el derecho a decidir de la madre para optar o no (de una manera informada) por una interrupción voluntaria del embarazo.

c) Impericia: no es aplicable al presente caso, debido que los demandados son médico ginecobstetra y ginecólogo.

d) Inobservancia de los protocolos: de acuerdo con Ríos y Fuente[10], se trata del incumplimiento de los protocolos o reglamentos específicos (*lex artis* médica) de la institución, los derechos del paciente y los principios de la bioética médica,

9 Departamento Administrativo Nacional de Estadística, *Población con registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad, prevalencia de discapacidad en niños y adolescentes, según distrito capital y localidades*, 2010. Disponible en: www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad (consultada 5 de febrero de 2023).

10 Ríos, Alma y Fuente, Antonio, *El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada*, CNDH, Ciudad de México, 2017, p. 20.

la autonomía, la beneficencia, no maleficencia (*primum non nocere y primum non laedere*[11]) y la justicia, por cuanto la parte demandada no cumplió las medidas obligatorias, es decir, las prácticas médicas a la señora *Sandra Gleitman*, tal y como lo afirmó el médico Louis Fraulo al caso: un médico que detecta un embarazo y antecedentes de sarampión alemán de la madre debe informar a su paciente sobre la probabilidad de anomalías congénitas.

En segundo lugar, no se configuran los eximentes de responsabilidad según el Código Civil colombiano en su artículo 64, a saber: fuerza mayor y caso fortuito, puesto que las secuelas con las que nacería el menor, debido a la enfermedad que tuvo la madre, eran previsibles. Tampoco hay un hecho de la víctima, puesto que aun cuando la enfermedad de "*German Measles*"[12] le fue diagnosticada a la madre (Sandra Gleitman), de ella no dependía conocer integralmente las consecuencias de esta patología hacia el menor. Tampoco se configura un hecho de un tercero, puesto que el nexo causal entre la omisión del galeno en proporcionar la información íntegra a los padres del menor para que decidieran con suficiencia de información la eventual interrupción voluntaria del embarazo o continuar con el mismo, teniendo en cuenta los servicios médicos que requeriría el menor.

Sin olvidar que en el proceso de responsabilidad médica se realiza un debate probatorio para determinar la ocurrencia o no de la previsibilidad, irresistibilidad del hecho o si se atribuye a un hecho de la víctima (directa o indirecta) o al hecho de un tercero.

En tercer lugar, es dable la reclamación de los perjuicios patrimoniales, es decir:

1. Daño emergente que, según Sánchez[13], se entiende como la pérdida material efectiva y actual representada en los gastos médicos, hospitalarios, transporte, medicamentos, tratamientos, etc.; por cuanto desde que le fueron diagnosticadas las patologías al menor iniciaron los gastos económicos para su atención médica integral, pues ello era de vital importancia para su salud y deberán seguir realizando durante su vida.
2. Lucro cesante, referido a lo dejado de percibir como consecuencia del hecho dañoso, que en el caso analizado podría ser el salario no recibido por los padres del menor desde que fueron informados del diagnóstico del menor, pues deben destinar la totalidad de su horario laboral y más, a su cuidado, pues depende íntegramente de un tercero para su vida diaria.
3. Daño a la salud o daño a la vida en relación o a las condiciones de existencia: el daño al cuerpo y salud del menor ante las patologías diagnosticadas, esto por la pérdida o disminución de la calidad de vida de una persona; debido a la disminución visual, auditiva, de la capacidad del habla, entre otras que tiene el menor.

11 Traducción propia: Lo primero es no hacer daño.

12 Ibidem.

13 Sánchez, Néstor, *Derecho procesal administrativo*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2017, p. 563.

Luego, los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales:

1. Daño moral, se trata de la lesión afectiva[14], sentimental que experimentan las víctimas ante la ocurrencia de un perjuicio; ello debido al dolor, angustia, tristeza, entre otros que padece la madre, el menor y su núcleo familiar ante lo sucedido.
2. Agrego: el perjuicio causado al ejercer las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, pues todo mencionado se causó originariamente por la figura de: *la vida como daño* que en la actualidad no solo la madre tiene que afrontar por el nacimiento de *Jeffrey Robert Gleitmanm*, sino en el *vivir* de este último y los que conlleva a su núcleo familiar.

Finalmente, el presente proceso se presentaría como declarativo verbal por responsabilidad contractual o extracontractual además se realizaría un llamamiento en garantía conforme al Código General del Proceso[15] a la compañía aseguradora con que el médico u hospital o clínica haya pactado la prima (pago) y suscribió una póliza de responsabilidad profesional (que protege el patrimonio del profesional) o por la responsabilidad del establecimiento de salud; recordando que se le daría otro tratamiento si se tratase de un hospital o clínica del Estado.

7. Conclusiones

7.1. Desde 1967 no solo Estados Unidos cuenta con la sentencia de *Jeffrey Robert Gleitmanm, Infant by his Guardian Ad-Litem, Irwin Gleitman y Sandra Gleitman v. Robert Cosgrove, Jr. Jerome Dolan*, sino que se trata de un precedente judicial para venideros casos, ejemplo de ello: *Smith v. Cote*[16], *Keel v. Banach*[17], *Bader v. Johnson*[18] y *Rich v. Foye*[19].

7.2. Para determinar la responsabilidad médica por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la *lex artis* se requiere de un especial cuidado al principio del debido proceso para las partes y los involucrados.

7.3. Se evidencia que aun cuando en la normativa colombiana no se encuentren las acciones *wrongful life* y *wrongful birth*, la responsabilidad médica inmersa se puede solicitar legalmente ante los tribunales en un proceso declarativo por responsabilidad patrimonial contractual, cuya legitimación por activa será de la víctima directa e indirecta

7.4. Se hace indispensable que las acciones *wrongful birth*, *wrongful life* e incluso *wrongful adoption* cuenten con un reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano y latinoamericano, ello por la permanente aplicación que esta tendría de manera transversal a la normativa.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Colombia), 5 de agosto de 2014, SC10297.

15 Ley n° 48.489, *Código General del Proceso*, (2012).

16 *Supreme Court of New Hampshire*, (Estados Unidos de América), 9 de julio de 1986

17 *Supreme Court of Alabama,* (Estados Unidos de América), 16 de julio de 1993

18 *Supreme Court of Indiana,* (Estados Unidos de América), 26 de julio de 2000

19 *Superior Court of Connecticut,* (Estados Unidos de América), 28 de agosto de 2007

Bibliografía

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (D.A.N.E.), "Población con registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad, prevalencia de discapacidad en niños y adolescentes, según distrito capital y localidades", 2010, https:www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad (consultada 5 de febrero de 2023).

Galán, Julio Cesar, *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2011.

Moncada, Alexis, Aedo, Cristián y Coleman, Luis, "Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno", *Revista Ius et Praxis*, vol. 21, n° 1, 2015, pp. 19-56.

Ríos, Alma y Fuente, Antonio, *El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada*, CNDH, Ciudad de México, 2017.

Sánchez, Néstor, *Derecho procesal administrativo*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2017.

Vivas, Inmaculada, "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*: Análisis jurisprudencial", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n° 11, 2003, pp. 403-415.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Colombia), 5 de agosto de 2014, SC10297, https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gago2014/SENTENCIA/SC10297-2014%20(2003-00660-01).doc

Supreme Court of New Jersey, (Estados Unidos de América), 6 de marzo, 1967, https://case-law.vlex.com/vid/gleitman-v-cosgrove-no-892208399

Supreme Court of New Hampshire, (Estados Unidos de América), 9 de julio de 1986, https://scholar.google.com/scholar_case?q=Smith+v.+Cote&hl=en&as_sdt=806&case=5266116061998574 37&scilh=0

Supreme Court of Alabama, (Estados Unidos de América), 16 de julio de 1993, https://casetext.com/case/keel-v-banach

Supreme Court of Indiana, (Estados Unidos de América), 26 de julio de 2000, https://caselaw.findlaw.com/court/in-supreme-court/1154365.html

Superior Court of Connecticut, (Estados Unidos de América), 28 de agosto de 2007, https://caselaw.findlaw.com/court/ct-superior-court/1116818.html

Legislación

Constitución Política, de 1991, (Colombia).

Ley n° 2.867, *Código Civil*, de 1873, (Colombia).

Ley n° 48.489, de 2012, *Código General del Proceso*, (Colombia).

ADIPRI

Asociación Chilena de
Derecho Internacional Privado